

КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКО
Кафедра нотаріального, виконавчого процесу і адвокатури

ЦИВІЛІСТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДУМКА

Науково-практичний журнал
№ 3 / 2016

Київ
2016

**Науково-практичний журнал
«Цивілістична поцесуальна думка»**

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 21551-11451Р від 04.08.2015 р.

Засновник

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Журнал рекомендовано до друку

Вченою радою юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Протокол № 8 від 25 квітня 2016 р.)

Відповідальні за випуск:

Кафедра нотаріального та виконавого процесу
і адвокатури юридичного факультету
Фурса С.Я. (головний редактор)
Дерій О.О. (секретарь)

Адреса редакції:

04210, м. Київ, вул. Володимирська, 60, к. 265
Тел.: (044) 223-15-25, 223-15-30.
E-mail: alerta@ukr.net,
веб-сайт: www.alerta.kiev.ua

ЗМІСТ

I НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Нікітюк О.М. Особливості виконавчого напису нотаріуса як способу охорони права спільної власності подружжя	6
Студзінська Дж. Нотаріальне та судове свідoctво про правонаступництво: на матеріалах судової практики	9
Фурса С.Я. Ипотека в деятельности нотариусов Украины: проблемы законодательного регулирования и практики	15
Фурса Є.І, Фурса Є.Є. Заповіти самогубців – привід для дискусії.	19

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Гаро Г.О. Специфіка розгляду спорів, що виникають з правовідносин патронату.	24
Землянин К. Польська модель електронного протоколу	28
Кухарєв О.Є. Процесуальні аспекти визнання спадщини відумерлою	33
Сеник С.В. Окрема ухвала як одна з форм судового акта в цивільному процесі	37
Улетова Г.Д. Необходимость дальнейшего реформирования гражданского судопроизводства: сквозь призму научных взглядов профессора Е.В. Васьяковского на актуальные проблемы российского гражданского процесса	42
Флага-Геружинська К. Інформатизація в цивільному процесі Польщі	48
Чурпіта Г.В. Встановлення судом факту батьківства (материнства).	52

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Мальський М.М. Про проект глобального кодексу виконавчого провадження та його роль у транснаціональному виконавчому процесі	59
Щербак С.В. Примирення сторін у виконавчому процесі та посередництво: спірні питання	64

IV ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС, МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

Сергієнко Н.А. Проценти та пеня: деякі питання правової природи, проблематика диференціації та стягнення.	69
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

V МІЖГАЛУЗЕВІ ЗВ'ЯЗКИ ПРАВНИЧОЇ НАУКИ

Беспалов О. О., Рабовська С. Я. Оплата вимушеного прогулу при затримці виконання рішення про поновлення на роботі працівника публічної служби на підставі судового рішення.	72
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

VI АДВОКАТУРА

Горбань Н.С. Зупинення права на заняття адвокатською діяльністю	77
Слива Л.В. Консультативна діяльність адвоката як особливий вид адвокатської діяльності	80

VII ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Шрамова О.С. Нотаріальні провадження за участю дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку.	83
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CONTENTS

I NOTARI PROCESS

Nikitiuk O.M. Features notary executive health as of spouses joint ownership	6
Studzińska J. Notarial and judicial succession certificate, taking into account the jurisprudence on this subject	9
Fursa S.Y. Mortgage in the activities of notaries of Ukraine: problems of legislative and regulatory practices	15
Fursa Y.I, Fursa Y.Y. Testament suicide – an occasion for discussion	19

II CIVIL PROCESS

Garo G.O. Specificity of resolution of disputes arising from foster care relations	24
Ziemianin K. Polish model of the electronic protocol.	28
Kukharyev A.Y. Procedural aspects of recognition of the inheritance as escheated.	33
Senyk S.V. Separate decision as a form of judicial act in civil proceedings	37
Uletova G. The need for further reform of civil court action: from Evgeniy Vaskovskyi's scientific points of view at topicable issues of russian civil court action	42
Flaga-Gieruszyńska K.A. Informatization in civil proceedings in poland	48
Churpita A.V. Establishment of the fact by court of paternity (motherhood).	52

III EXECUTIVE PROCESS

Malskyy M.M. On project of global code of enforcement proceeding and its role in transnational enforcement process	59
Shcherbak S.V. Reconciliation of the sides in the executive process and mediation: disputable matters	64

IV ARBITRATION PROCESS

Sergiienko N.A. Interest and fine: some questions of legal nature, problems of differentiation and recovery	69
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

V LAW OF THE INTERBRANCH RELATIONS

Bespalov A.A., Rabovska S.Y. Payment forced absence at a delay enforcement of reinstatement worker public service on a trial basis	72
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

VI ADVOCACY

Gorban N. S. Suspension of the right to practice law.	77
Slyva L.V. Attorney advisory procedure as a special kind of an attorney activity	80

Vii TRIBUNE OF YOUNG SCIENTISTS

Shramova O.S. Notary proceedings involving a child in prenatal stage	83
---------------------------------------------------------------------------------------	----

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ ВИДАННЯ

1) ФУРСА Світлана Ярославівна, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*головний редактор*);

2) СНІДЕВИЧ Олександр Станіславович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*заступник головного редактора*);

3) ДЕРІЙ Олена Олександрівна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*відповідальний секретар*);

4) ВІНЦИСЛАВСЬКА Марія Валеріївна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*координатор по роботі з авторами зарубіжних країн*);

5) ДЗЕРА Олександр Васильович, доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, член-кореспондент Академії правових наук України;

6) КАРМАЗА Олександра Олександрівна, доктор юридичних наук, головний консультант Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України (*за її згодою*);

7) КЛИМЕНКО Оксана Михайлівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем розвитку національного законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України (*за її згодою*);

8) МАЙДАНИК Роман Андрійович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України, завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

9) ПРИТИКА Юрій Дмитрович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

10) ЩЕРБИНА Валентин Степанович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України, завідувач кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

11) БОНДАРЄВА Марія Володимирівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

12) ІЗАРОВА Ірина Олександрівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

13) КУЧЕР Тетяна Миколаївна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

14) БЕЛОГЛАВЕК Олександр (Alexander J. BĚLOHLÁVEK), Prof., Dr. et Mgr., Ing. (oec.), Dr.h.c. (м. Прага, Чеська республіка) (*за його згодою*);

15) ЕСПЛУГЕС Карлос (Carlos Esplugues), Prof. Dr., LL.M. (Harvard), MSc (Edinburgh), Full Professor of Private international law Faculty of Law, University of Valencia (м. Валенсія, Іспанія) (*за його згодою*);

16) ТРЕУШНІКОВ Михайло Костянтинович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Московського державного університету імені М.В. Ломоносова (м. Москва, Російська Федерація) (*за його згодою*);

17) ФЛАГА-ГЕРУЖИНСЬКА Кінга Андріївна (Kinga Andrejewna Flaga-Gieruszyńska), доктор юридичних наук, професор Щецинського університету (Dr hab., Professor of the University of Szczecin), завідувач кафедри цивільного процесу Щецинського університету (Department of Civil Procedure) (м. Щецин, Польща) (*за її згодою*);

18) ЯРКОВ Володимир Володимирович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Уральського державного юридичного університету, заслужений діяч науки і техніки РФ, член наукової ради Міжнародного союзу судових виконавців (м. Єкатеринбург, Російська Федерація) (*за його згодою*).

I НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Нікітюк Олена Миколаївна,,
аспірант кафедри нотаріального та
виконавчого процесу і адвокатури
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

УДК 347.626.6: 947.961

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСА ЯК СПОСОБУ ОХОРОНИ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ

У статті досліджується специфіка вчинення виконавчого напису нотаріуса в процесі охорони права спільної власності подружжя. Автор визначає вимоги до виконавчого напису, підстави його вчинення, наслідки, особливості повідомлення боржника та обов'язки стягувача, пропонує відповідні зміни в національне законодавство у досліджуваній сфері.

Ключові слова: виконавчий напис нотаріуса, охорона права спільної власності, подружжя, боржник, стягувач

Формування демократичної правової держави, розвиток інститутів громадянського суспільства в сучасному світі можливі тільки за умови зміцнення і стабілізації сімейних стосунків. У сфері правового регулювання це, в першу чергу, означає створення законодавства, що регламентує шлюбно-сімейні відносини, та забезпечення реалізації виданих правових актів системою діючих юридичних гарантій, найважливіше місце серед яких відводиться державним гарантіям. При цьому в сучасних умовах великого значення набувають охорона прав, свобод і законних інтересів громадян, зміцнення приватної власності, захист інтересів власників, забезпечення прав і свобод суб'єктів майнових відносин. Законотворча та правозастосовча діяльність у даній соціально-юридичній сфері неможлива без достатньої теоретичної бази, що включає аналіз досвіду, накопиченого як вітчизняної політико-правовою думкою, так і зарубіжними аналогами у сфері регулювання майнових відносин подружжя.

Шлюб – це найважливіший юридичний факт, що викликає виникнення сімейно-правових зв'язків і представляє собою добровільний союз чоловіка і жінки, що укладається в установленому порядку з дотриманням вимог закону, спрямований на створення сім'ї. У кожному випадку шлюб слід розглядати як певні правовідносини, у процесі існування яких у подружжя виникають певні суб'єктивні права і обов'язки особистого та майнового характеру.

В межах юридичної процедури на нотаріуса покладено обов'язок надання подружжю сприяння в здійсненні їх прав та охорони законних інтересів, роз'яснення їх прав та обов'язків, попередження про наслідки вчинюваних нотаріальних дій з тим, щоб юридична

необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Отже, в роботі нотаріуса об'єктивно повинні бути присутніми як консультативні процедури, а також передбачені умови, що виключають виникнення конфліктних ситуацій, так звані превентивні процедури. У зв'язку з цим, на нашу думку, розкрити особливості реалізації охоронної функції права інституту нотаріату в розрізі даної проблематики можна через її підфункцію або, як по-іншому її ще називають, функцію другого порядку – превентивну (попереджувальну) функцію права.

Зазначаючи про охорону сімейних прав, С.Я. Фурса та Є.І. Фурса мають на увазі більшу їх конкретизацію. Наприклад, шляхом посвідчення певних договорів: сімейного, шлюбного, про заручини, аліментного, де будуть визначені права та обов'язки кожного члена сім'ї, а тому у разі виникнення випадків правопорушень інший член сім'ї може самостійно захистити свої права передбаченими законом і договором способами. Крім того, добре знання власних прав і способів їх захисту це також охорона власного права, оскільки це дасть змогу на ранніх стадіях виникнення правопорушення звернутися за допомогою до компетентних установ, а не чекати істотного погіршення майнового стану (наприклад, коли один із подружжя вносить всі речі з квартири та продає їх без відома іншого або позбавлення відповідних прав (коли в дверях змінюється замок і один із подружжя опиняється на вулиці) [1, с. 62].

Отже, інститут охорони права спільної власності подружжя необхідно розглядати як певну сукупність правових норм, за допомогою реалізації яких нотаріус забезпечує охорону прав і законних інтересів подружжя.

Відносно правової природи діяльності нотаріату, то порівнюючи його із цивільним

судочинством, де по більшості справ суд вирішує спори про право цивільне, нотаріат виконує функції, спрямовані на юридичне закріплення цивільних прав, оскільки згідно зі ст. 1 Закону він посвідчує безспірні права та встановлює факти з метою надання їм юридичної вірогідності і попереджає їх можливе порушення в майбутньому, тобто, забезпечує охорону права спільної власності подружжя.

Беззаперечним є той факт, що особливою формою охорони права спільної власності подружжя є вчинення виконавчого напису на оригіналі боргового документу. Ст. ст. 78, 99 СК України передбачено випадки, коли у випадку невиконання умов договорів, укладених між подружжям, може бути здійснення виконання зобов'язання у примусовому порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса [1, с. 126]. Так само потрібно зважати на можливість вчинення виконавчого напису на тих договорах, де подружжя виступає як окремий суб'єкт, тобто, коли подружжя є однією зі сторін договору та відносини складаються з однієї сторони та іншими особами (зовнішні відносини), а не всередині між самим подружжям, де кожне із них є стороною договору (наприклад, шлюбний договір, який укладається між подружжям, кожний із якого є самостійною стороною).

Як справедливо зазначає С.Я. Фурса, вчинення виконавчих написів в нотаріальному процесі та наказне провадження в цивільному процесі за своєю суттю є аналогічними [2, с. 37; 3, с. 70], тому у Сімейному кодексі України доцільно передбачити альтернативу у разі невиконання у добровільному порядку умов договору, наприклад, договору про поділ майна подружжя, аліментного договору одним із подружжя звертатися до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису чи звертатися до суду за видачею судового наказу, з урахуванням конкретних обставин. Правова природа та процедура вчинення виконавчого напису нотаріусом також були предметом дослідження вчених Я.П. Панталієнко [4, с. 56], І.С. Мельник [5, с. 375] та інших.

Метою вчинення нотаріусом виконавчих написів є скорочення кількості судових справ, що виникають з уже врегульованих договірних відносин, коли є безперечне підтвердження невиконання боржником своїх зобов'язань перед кредитором, або з певної специфіки нотаріальних дій.

До внесення у 2010 році змін до і ЦПК підставами видачі судового наказу були такі: невиконання умов нотаріально посвідченої угоди; невиконання умов угоди, оформленої письмово; протесту векселі у неплатежі, неакцепті або недатуванні акцепта, вчинені нотаріусом [6, с. 606]. Автор погоджується із думкою вченого С.Я. Фурси про те, що законодавець безпідставно виключив перераховані підстави для видачі судового наказу із ЦПК України, тим самим обмеживши альтернативи в визначенні способу охорони порушених прав, а в окремих випадках і реального здійснення захисту [3, с. 71]. Даний вчений обґрунтовує свою думку

посиланням на практику виконання галіментного договору, де зобов'язаним суб'єктом є батько дитини (громадянин РФ), який повинен сплачувати аліменти за договором. Так, виконавчий напис на договорі з іноземним суб'єктом, зокрема, суб'єктом РФ не може бути вчинений, скільки договором про правову допомогу між РФ та Україною передбачено виконання всіх нотаріальних актів України на території РФ, крім грошових зобов'язань. Тому боргові зобов'язання, наприклад, аліментний договір із вчиненням на ньому українським нотаріусом виконавчим написом не будуть прийняті до примусового виконання в РФ. У свою чергу, і виконавчий напис і судовий наказ згідно ст. 17 Закону України «Про виконавче провадження» є виконавчими документами [7]. Тому у статтях 78, 99, 109 та 189 СК України, які передбачають стягнення коштів шляхом вчинення виконавчого напису нотаріуса передбачити альтернативу у вигляді можливості звернення до суду в порядку наказного провадження для видачі судового наказу.

Тому підтримуємо думку С.Я. Фурси та вважаємо, що ст. 96 ЦПК слід доповнити такою підставою для видачі судового наказу як «невиконання умов нотаріально посвідченого правочину (договору про передачу майна чи майного стягнення); протесту векселі у неплатежі, неакцепті або недатуванні акцепта, вчинені нотаріусом, невиконання умов угоди, оформленої письмово». Зокрема, слід зробити застереження, й про те, що коли зобов'язаною стороною таких правочинів є іноземний суб'єкт.

Говорячи про вчинення нотаріусом виконавчого напису, незважаючи на їх схожість, необхідно відзначити відсутність конкуренції цієї нотаріальної дії з наказним провадженням у цивільному процесі. Так, нотаріус вчиняє виконавчий напис про стягнення заборгованості або витребування майна від боржника в день звернення до нього, а суддя видає судовий наказ протягом трьох днів, але процедура видачі судового наказу є спрощеною, так як не потрібно запрошувати боржника та проводити судові засідання. У цьому проявляється оптимізація цивільного судочинства і наближеність строків до нотаріального процесу. Оригінал нотаріально посвідченого договору із вчиненням на ньому виконавчим написом може бути відразу пред'явлений до примусового виконання стягнення, так як і судовий наказ, оскільки вони є виконавчими документами. Але при виборі шляхів захисту порушеного права, якщо має місце передбачена законом альтернатива, останнє слово залишається за заявником із урахуванням положень як національного законодавства, так і міжнародного, зокрема положень міжнародних договорів.

Щодо правового змісту виконавчого напису на договорі, доцільно погодитись з думкою С.Я. Фурси про те, що його слід сприймати не тільки, як засіб, який спрямований лише на погашення заборгованості, а як безспірний факт невиконання зобов'язань у добровільному порядку, який встановлюється

нотаріусом як підстава для вчинення виконавчого напису який має ставати підставою для примусового стягнення аліментів. Наведене положення має бути аналогічним до рішення суду, яке не втрачає свого обов'язкового характеру й після погашення заборгованості [1, с. 127].

Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів, встановлюється КМУ. Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України у Главі 16 визначено процедуру такої нотаріальної дії. У зв'язку із цим варто відзначити, що в силу Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 [8] для стягнення основного боргу та неустойки кредитор повинен подати нотаріусу документи, що підтверджують письмове визнання боргу, зокрема: підписаний стягувачем і боржником і скріплений печатками (при їх наявності) акт звірки розрахунків; відповідь на претензію, в якому боржник визнає зобов'язання зі сплати грошових коштів; акцептованим платіжним вимогу або інший документ, оформлений відповідно до вимог законодавства та підписаний уповноваженою особою. На практиці часто виникає питання, яким чином слід сформулювати і оформити відповідь на претензію, щоб її було достатньо для вчинення виконавчого напису. У переважній більшості випадків нотаріуси вимагають представити скріплений підписом уповноваженої особи та за умови учасника договірної правовідносини – юридичної особи оригінал відповіді, в тексті якого прямо говориться, що боржник визнає заборгованість (неустойку) в певній сумі.

Разом з тим можливі ситуації, коли оригінал відповіді як такий відсутній, не має підпису уповноваженої особи, відбитка печатки, до нього не додано документи, що підтверджують повноваження підписанта. Крім того, визнання боргу може бути нечітким або відсутнє як таке, але при цьому заборгованість може не оскаржуватися. Вважаємо, що в подібній ситуації великий ризик отримати відмову нотаріуса у вчиненні виконавчого напису в зв'язку з формальною відсутністю документа, що підтверджує визнання боргу в письмовій формі. Виникає питання: чи вправі кредитор, який вважає, що нотаріус відмовить йому в здійсненні виконавчого напису, відразу звернутися до суду в порядку наказного провадження? На нашу думку, в ситуації, що розглядається має право, оскільки наявність формальних перешкод створює неможливість звернення за вчиненням виконавчого напису нотаріуса. Але для мінімізації ризику відмови в прийнятті заяви про порушення наказного провадження кредитором слід детально обгрунтувати причини, через які він не може отримати виконавчий напис нотаріуса.

Для того, щоб мінімізувати випадки вимоги нотаріусів від вчинення виконавчого напису, у якості одного із заходів вдосконалення виконавчого напису вказується на необхідність в усіх без винятку випадках предствалення нотаріусу документального підтвердження факту сповіщення боржника про необхідність погасити заборгованість у добровільному порядку [9, с. 10] і відсутності у боржника заперечень [9, с. 11]. Подібний механізм схожий з претензійним порядком, проходження якого в деяких випадках є обов'язковим для подальшого розгляду справи в суді, з метою виключення випадків подачі невиправданих позовів. Вважаємо, що подібне рішення і в нотаріальній практиці матиме позитивний ефект, оскільки буде захищати права боржника від недобросовісного кредитора.

Тим часом досліджувані акти не містять в якості умови здійснення виконавчого напису вимоги про повідомлення боржника про наявну заборгованість. Таким чином, з формальної точки зору безспірності заборгованості досить для вчинення виконавчого напису. Незважаючи на те, що в цій ситуації захисту підлягають вимоги кредитора, а не певні права боржника, в досліджуваному випадку наявність відомостей про повідомлення боржника про наявну заборгованість спрямоване не стільки на захист прав боржника, скільки на дотримання умови здійснення виконавчого напису про безперечність заборгованості, що також попередить можливе в майбутньому визнання недійсним відповідного виконавчого напису. Так, наприклад, широкі можливості в укладанні різного роду договорів, надані сторонам, дають останнім можливість укласти договір про переведення боргу, відступлення права вимоги або взяти на себе інші зобов'язання, які також можуть змінити ступінь безспірності заборгованості тієї чи іншої особи. У зв'язку з зазначеним вважаємо, що безспірність заборгованості не може бути встановлена нотаріусом в повному обсязі за відсутності відомостей про повідомлення боржника та аналізу наявних з його сторін заперечень.

Зважаючи на викладене, вважаємо доцільним удосконалити нормативне закріплення вчинення виконавчого напису в ст. 2.1. Глави 16 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що досліджуючи питання охорони нотаріусом права спільної власності подружжя, необхідно враховувати факт постійно динаміки нотаріального процесу та нових вимог, що ставляться сьогодні до нотаріусів. Слід відзначити, що основна ідея удосконалення законодавства про нотаріат полягає в тому, щоб здійснити перехід від суто бюрократичної, формальної функції нотаріату до надання нотаріусами реальнішої комплексної правової допомоги населенню.

Для цього необхідно наділити нотаріусів широким колом прав і обов'язків, оскільки нотаріат є єдиним органом безспірної юрисдикції, який необхідно розвивати.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Сімейне право: Нотаріат Адвокатура Суд: Наук.-практ.посіб. з інформ. додатком. у 2 кн. [Текст] / Драгневич Л.Ю., Пульнева О.С., Фурса Є.І., Фурса С.Я. та ін; [за заг. ред. Фурси С. Я.]. – К.: видавець Фурса С.Я., 2005. – 896 с.
2. Фурса С.Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні [Текст]: Дис. ... доктора юрид. наук. : 12.00.03 / Світлана Ярославівна Фурса. – К., 2003. – 426 с.
3. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох томах [Текст] / [за заг. ред. С.Я.Фурси]. – К.: Алерта, 2015.- 484с.
4. Панталієнко Я.П. Процедура вчинення нотаріальних проваджень: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ярослава Петрівна Панталієнко. – К., 2010. – 216 с.
5. Мельник І.С. Стягнення заборгованості за нотаріально посвідченими угодами (правочинами) // В кн. Теорія нотаріального процесу.– К.: Цул: Алерта, 2012.– с. 375
6. Цивільний процес України. Академічний курс [Текст] : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / [Фурса С. Я. та ін.] ; за ред. д-ра юрид. наук, проф. С. Я. Фурси ; Центр прав. дослідж. Фурси. – К. : Фурса С. Я. [вид.], 2009. – 846 с.
7. Фурса С.Я. Современные проблемы нотариата, исполните льной службы и научные пути их решения [Текст] / С.Я.Фурса // Збірник наукових статей: Матеріали першої міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми теорії і практики нотаріального, цивільного, виконавчого процесу: їх співвідношення та взаємодія». – К.: Цул, 2013. – С. 7-10
8. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF>
9. Алферов И. А. Совершение исполнительных надписей нотариусами [Текст] / И.А.Алферов // Законодательство. – 2006. – № 10. – С.10-15.

Никитюк Елена Николаевна

ОСОБЕННОСТИ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ НАДПИСИ НОТАРИУСА КАК СПОСОБА ОХРАНЫ ПРАВА СОВМЕСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ СУПРУГОВ

В статье исследуется специфика совершения исполнительной надписи нотариуса в процессе охраны права совместной собственности супругов. Автор определяет требования к исполнительной надписи, основания его совершения, последствия, особенности уведомления должника и обязанности взыскателя, предлагает соответствующие изменения в национальное законодательство в исследуемой сфере.

Ключевые слова: исполнительная надпись нотариуса, охрана права общей собственности, супруги, должник, взыскатель.

Nikituk Olena

FEATURES NOTARY EXECUTIVE HEALTH AS OF SPOUSES JOINT OWNERSHIP

The article deals with the specifics of the executive commission of notary in the protection of rights of joint ownership of spouses. The author defines the requirements for the writ of execution, the grounds commit effects, features and responsibilities debtor message recipient suggests relevant changes in national legislation in the field of study.

Keywords: executive inscription notary, public rights of common property of spouses, the debtor, creditor.

Joanna Studzińska

Ph.D, Adiunkt w Katedrze Postępowania Cywilnego
Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II

NOTARIAL AND JUDICIAL SUCCESSION CERTIFICATE, TAKING INTO ACCOUNT THE JURISPRUDENCE ON THIS SUBJECT

The article deals with legislation relating to the procedure for acquisition of inheritance. The European certificate of inheritance and the document confirming the right to inheritance is analysed, and legal consequences arising for heirs is made.

Keywords: notary, inheritance, testimony, universal succession, court.

In the Polish legal system, as a result of the enactment of the Act of 24 August 2007 on amending the Act – the Notary Public Law and other acts [1], a significant change in the method

of documenting the acquisition of the inheritance by the heirs has been introduced. The essence of this change is to replace the existing status of the decision issued by the court confirming the

acquisition of the inheritance with a system, in which documenting the rights by the heir can be done alternatively – either with the decisions of the court, or on the basis of a certificate issued by a notary, defined by the legislator as “a deed of succession certification” [2]. The idea behind this change was to relieve the courts of actions that can be performed in a different mode [3]. It is also important to point out the significance of the works aiming at creating a European Certificate of Inheritance [4], as a document, which does not have to come from the court, which is effective throughout all Member States, confirming the right to inheritance. The regulation also introduces a European Certificate of Succession. This document is issued by the authority conducting the inheritance proceedings for the needs of heirs, legatees, executors of the testament or administrators of the estate, and can be used, when it is necessary, to prove their rights and privileges in other Member States [5]. Upon its release the European Certificate of Succession is recognized in all Member States without the need for special procedures. In connection with the new, alternative way to determine the right to inheritance, the basic assumptions and characteristics of both modes and their mutual influence will be indicated.

The Polish law does not impose a duty to obtain the confirmation of acquisition of inheritance or the deed of succession certification by the heir [6]. Without the confirmation of acquisition of inheritance or the notary succession certificate, the heir can perform legal and factual actions concerning the inheritance, and in particular may possess the inheritance, manage it, and benefit from it [7]. The heirs may also sell the inheritance or part of it, and dispose of objects (items, debts etc.), which belong to them [8]. Without the confirmation of the rights to inheritance, the heirs may also bring an action pursuant to Art. 1029 of the Civil Code [9] and prove in this dispute that they are the heirs [10]. These documents are also not necessary for the creditors of the deceased, legatees or persons entitled to a legitimate to bring a legal action against the heir [11]. All these legal consequences arise for the heirs, not from the subjective right arising from inheriting, but from the fact that they became the owner of the items included in the inheritance under the law at the time of the testator's death, and so actually these effects are covered by the construction of universal succession.

Lack of the decision confirming the acquisition of inheritance does not prevent a third party from bringing a legal action against the heirs. A third party who does not claim rights to inheritance, may prove a right to the legal succession after the deceased with all the evidence, because in this field the rule of Art. 1027 of CC cannot be applied. This is independent of whether the party proves the existence of any subjective right of the heirs or not. A. Szpunar indicates that the construction contained in that provision was supposed to be in favour of the existence of subjective rights resulting from the inheritance. The deed of succession certification is an additional, next to the decision confirming the acquisition of inheritance,

document, by which the heir can prove the right to inheritance. The preparation of the deed of succession certification is a conventional activity involving the confirmation, in the form of a notarial act, of the fact of a statutory or testamentary inheritance, with the exception of inheritance based on special testaments, performing of which needs to be done in a presence of a notary or other authorized person, taking into account the specific elements and principles, which are required by the provision of the law or the will of the parties [12].

1. Judicial succession certificate

Final decision of the court confirming the acquisition of inheritance by statutory heirs (Art. 931-937 of CC) or testamentary successors (Art. 959-967 of CC) creates a legal presumption that the person mentioned in the decision is the heir (Art. 1025 § 2 of the Civil Code), entitled to claim the right to inheritance against third parties who do not claim any rights to inheritance (Art. 1027 of CC) and to dispose of the rights that are included in the inheritance, with the consequences arising from Art. 1028 of CC for third parties [13].

According to Art. 1025 § 1 of CC, the decision confirming the acquisition of inheritance is made at the request. Only in the case provided in Art. 681 of CCP the court shall confirm the acquisition of inheritance *ex officio*. As for the repeal or change of the *ex officio* final confirmation of acquisition of inheritance compare Art. 678 and 690 § 2 of CCP.

Persons having an interest in seeking confirmation of acquisition of inheritance (Art. 1025 § 1 of CC) are in particular: the actual or implied heir, the person who has common rights or obligations with the testator, the creditor of inheritance or the creditor of heirs, the buyer of inheritance or part of inheritance, the legal successors of the above-mentioned persons, as well as the executor of the testament and the inheritance curator. According to Art. 1109 of CCP, in relation to inheritance opened abroad, but under the jurisdiction of the Polish court, pursuant to Art. 1108 § 1 of CCP, the request for confirmation of acquisition of inheritance may be filed by a Polish diplomatic mission or consular office. As pointed out by the Supreme Court [14], the requirement of the court during the proceedings for confirmation of acquisition of inheritance for determination whether a person claiming its share in such a case has a legal interest conditioning the possibility of becoming a participant in the proceedings, is not detrimental to the rights and freedoms declared in Art. 21 paragraph 1 and Art 64 paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Poland and Art. 8 of the ECHR.

The subject of the applicant's requests is the confirmation of acquisition of inheritance after a particular testator. However, the claim to confirm the acquisition of inheritance in favour of certain persons is not an essential part of the content of the request, as the court, regardless of the applicant's claims, confirms the acquisition of inheritance by the real heirs (Art. 677 § 1 of CCP) [15]. The applicant must, however, indicate in the request as concerned, the persons who are not only mentioned in the testament, but also those who are entitled by the law to the inheritance,

include information about the testaments prepared by the testator, and in the case of the statutory inheritance – also about any farm or land contribution in any agricultural production cooperative included in the inheritance [16]. The application must be accompanied by the proof of death of the testator and the proof stating the last place of residence of the deceased, unless the place has been given in the submitted document from the files of civil status.

The hearing is mandatory, unless the content of the request states an obvious lack of the entitlement of the applicant (Art. 514 § 2 of CCP). The obligation to summon to a court hearing of the people who can be established as statutory or testamentary heirs, states that summoning of the statutory heirs is necessary even if the testator in the testament established the heirs to the entire inheritance estate and if the last will does not arise any objections as to its validity, and this is to allow them to defend their rights [17].

At the stage of confirming the acquisition of inheritance, beyond the scope of jurisdiction of the court are issues such as: the composition of assets of the inheritance estate, debt burden, the inclusion by the testator in the testament of records and commands as well as information on how the inheritance was acquired. Beyond the scope of jurisdiction of the court in the proceedings for the confirmation of acquisition of inheritance is the question of the method of the acquisition of inheritance [18]. It is not permissible to appeal against the lack of information stating that the acquisition of inheritance occurred with the benefit of inventory in the decision confirming the acquisition of inheritance [19]. On the other hand, the inclusion in the operative part of the decision of the information on the direct acquisition of inheritance can be the subject to appeal [20].

The party seeking the release of the real estate, which is obliged by the court to submit – under pain of suspension of the proceedings – the decision confirming the acquisition of inheritance, has an objective purpose in initiating the proceedings to obtain such a decision. This means that the party has an interest in bringing proceedings for a confirmation of acquisition of inheritance. It cannot be assumed that for obtaining the status of the person concerned it is necessary to receive the results of the court's evaluation of the validity of claims for the release of the real estate. Such an evaluation would go beyond the jurisdiction of the court and wouldn't have any significance in the case of the release of the real estate. In the light of Art. 1025 § 1 of CC the request for the confirmation of acquisition of inheritance can be submitted by anyone who has an interest in it. This may be any person who is interested in causing the legal consequences associated with the final confirmation of acquisition of inheritance, in particular the consequences specified in Art. 1025 § 2 and Art. 1027 of CC. The legal interest in this case acts as a legitimacy, and precisely – as an entitlement to initiate proceedings for the confirmation of acquisition of inheritance [21].

2. Notarial succession certificate

The Act of 24 August 2007 on amending the Act – the Notary Public Law and other acts amended Art. 1025-1028 of CC. It introduced the notarial succession certificate alongside the court's decision confirming the acquisition of the inheritance.

The deed of succession certification drawn up by a notary refers both to statutory and testamentary inheritance, but excluding inheritance based on special testaments (Art. 95 of the Notary Public Law [22]). Registered deed of succession certification causes the same effects as a final court decision on the confirmation of acquisition of inheritance (Art. 95j of NPL)[23]. In particular, creates a presumption that the person who has obtained a succession certificate is the heir (Art. 1025 § 2 of CC), and that this document is, next to confirmation of acquisition of inheritance for a third person who does not claim the rights to inheritance due to succession, the sole proof that the heir has legal rights resulting from the succession (Art. 1027 of CC)[24].

Before the preparation of the deed of succession certification, the notary draws up an inheritance protocol with the participation of all persons who may come into consideration as statutory or testamentary heirs (Art. 95b and 95c of NPL)[25]. After completing the inheritance protocol the notary draws up the deed of succession certification if there are no doubts as to the existence of the national jurisdiction, the content of the applicable foreign law, the heirs and their share of inheritance (Art. 95e § 1 of NPL). The notary includes on the inheritance protocol the information that the deed of succession certification has been drawn up (Art. 95g of NPL). The notary refuses to draw up the deed of succession certification in three cases mentioned in Art. 95e § 2 of NPL. The content of a deed of succession certification is defined in Art. 95f § 1 of NPL[26].

According to Art. 95h § 1 of NPL, the notary immediately after the preparation of the deed of succession certification, makes its entry in the register of deeds of succession certification (from 8 September 2016 – the Inheritance Register) by inserting, through information and communication system, the data referred to in Art. 95h § 2 points 3 to 7 of NPL. The notary signs the entry with a safe electronic signature verified by a valid qualified certificate. The notary, after receiving the confirmation of registration of the deed of succession certification, put an annotation of the registration on the deed (Art. 95h § 3 and 4 of NPL, from 8 September 2016 – Art. 95h § 2 and 3).

Article 95j of NPL indicates that the registered deed of succession certification has the effects of a final court decision on the confirmation of acquisition of inheritance. Other provisions, both substantive and procedural, indicate an equal position of the court's decision on the acquisition of inheritance and the deed of succession certification regarding the effect, which is to identify the persons entitled to the inheritance estate and the size of their shares.

3. Mutual relations between the notarial and judicial succession certificates

Article 1025 of CC indicates two ways to obtain the confirmation of acquisition of inheritance by the heir: through court proceedings and before a notary. According to § 2 of this provision the same presumption of being the heir is made in relation to people who have a final decision confirming the acquisition of inheritance, as well as the registered deed of succession certification. Also, other provisions of the Civil Code involve the same, as described in these regulations, effects of the two mentioned ways of confirming the rights to inheritance.

Article 1026 of CC indicates that the confirmation of acquisition of inheritance and the succession certificate of inheritance cannot take place earlier than six months from the opening of the inheritance, unless all known heirs have already submitted the declaration of acceptance or rejection of the inheritance. The judicial confirmation of acquisition of inheritance and the succession certificate are mentioned together, resulting in the same legal effects, in further provision of the Civil Code, i.e. Art. 1026, 1027 and 1028 of CC.

The deed of succession certification is drawn up by a notary and is included in the notarial actions of a separate nature, not constituting a notarial deed [27]. The deed of succession certification is therefore considered a judicial succession certificate, although made by a notary. Despite equality in many aspects, the decision confirming the acquisition of inheritance and the considered deed, the legislature gives priority to the court's decision confirming the acquisition of inheritance [28].

Despite the equal status of the judicial and notarial confirmation of rights to inheritance, the latter is a subject to a number of important limitations. Those are mainly the result of the assumptions that formed the basis of creation of the institution of the notarial succession certificate, as a form of acknowledgment of rights to inheritance in indisputable and simple situations. The first is ensured by the obligation to participate in the notarial actions of all persons who may come into consideration as statutory and testamentary heirs. The second is secured by the limitation of possibilities of obtaining a notary certificate confirming the rights to inheritance only to cases of statutory inheritance and inheriting on the basis of ordinary testaments. The special testaments are excluded, with an indication that in relation to this category of testaments "it is a rule to conduct evidentiary proceedings, during which it is necessary to examine witnesses of the testament, to assess the reliability of the statements submitted by them, and these actions should naturally be reserved exclusively for jurisdiction".

According to Art. 95a of NPL, the notary draws up the deed of statutory or testamentary succession certification with the exception of inheritance based on special testaments [29]. This regulation lists only some limitations of the notarial way to obtain the succession certificate. There are subjective and objective limitations during the preparation of the notary certificate.

Therefore, the notary will not draw up the deed of succession certification if the inheritance is based on a special testament, if there is no consistent request of the parties for settling the inheritance by a notary, if, after the preparation of the written inheritance protocol, the notary has doubts as to the heirs and their share of the inheritance, and if the testator made a debt collection record in relation to the person to whom the testator made the record and the subject of the record (Art. 95e § 1 of NPL), due to absence of spouse of the deceased and relatives entitled to statutory inheritance, the inheritance falls on the statutory heir, the municipality or the State Treasury (Art. 95e § 2 point 3 of NPL), the testator at the time of death was a foreigner, or not having any nationality, did not live in the Republic of Poland or in the inheritance includes property rights or possession of real estate located abroad (Art. 95e § 2 point 4 of NPL), the inheritance was opened before 1 July 1984, while meeting all necessary prerequisites, the testament (with the exception of the notarial testament), which is the basis for inheritance, was filed in court [30].

Apart from the above-mentioned negative circumstances, which exclude the possibility of a notary succession certificate [31], the notary will refuse to issue the deed of succession certification, if the opening of the inheritance occurred earlier than six months ago, and not all heirs and the persons entitled due to the vindication record submitted statements of acceptance or rejection of the inheritance (Art. 95c § 3 of NPL), the parties have not submitted to the notary all of the legally required documents to draw up the inheritance protocol (Art. 95c § 4 of NPL), a decision confirming the acquisition of inheritance has been previously issued in relation to the inheritance (Art. 95c § 2 point 4 and Art. 95e § 2 point 1 of NPL), court proceedings for the confirmation of acquisition of inheritance are pending (Art. 95c § 2 point 4 of NPL), the deed of succession certification has been previously issued in relation to the inheritance (Art. 95e § 2 point 1 of NPL), the course of preparing the inheritance protocol reveals some circumstances, which indicate that during its preparation not all persons who may come into consideration as statutory or testamentary heirs or the persons on whose favour the testator made vindication records were present, or if other testaments, which were not opened and announced, exist or existed (Art. 95e § 2 point 2 of NPL)[32].

Doubts are also raised by the way of processing the request for confirmation of acquisition of inheritance in a situation where, before closing the trial, the deed of succession certification considering the same inheritance is drawn up and registered, and in particular whether there is a basis for the rejection of the request. Although the deed of succession certification has the effects of a final decision confirming the acquisition of inheritance, it does not benefit from the principle of *res judicata*. It is indicated that in such a situation the deed of succession certification can be treated at most as the so-called alternate adjudication of the case and justify the dismissal of the request for confirmation of acquisition of inheritance [33].

4. Conclusions

Upon the registration the deed of succession certification drawn up by the notary has the effects of a final decision confirming the acquisition of inheritance, which means that only a registered deed creates a legal presumption that the person mentioned in the deed is the heir [34]. This deed has therefore the consequences of a final court decision on the confirmation of acquisition of inheritance. This means that the activity of a notary obtains the status of a judicial decision, as in the decision on the confirmation of acquisition of inheritance, we also deal with the legal presumption arising directly from Art. 1025 § 2 of CC.

The court decision on the confirmation of acquisition of inheritance and the notary succession certificate have an equal status. According to Art. 1025 § 2 of CCP, it is presumed that the person who has obtained the confirmation of acquisition of inheritance or the succession certificate is the heir. Art. 95j of the Act of 14 February 1991 on the Notary Public Law constitutes that the registered deed of succession certification has the effects of a final decision on the confirmation of acquisition of inheritance. It seems that the notary succession certificate is justified in the absence of a dispute between the heirs.

LIST OF REFERENCES

1. Journal of Laws, №. 181, item 1287.
2. Before a notary one can also make a statement on the acceptance of the inheritance (Art. 640 § 1 of the Act of 17 November 1964 on the Code of Civil Procedure, uniform text Journal of Laws 2014, item 101, hereinafter referred to as: CCP), the opening and the announcement of the testament (Art. 649 § 1 of CCP), the issuance of a certificate on the executor of the testament (Art. 665 § 1 of CCP).
3. For more information see among others: K. Grzybczyk, M. Szpunar, *Notarialne poświadczenie*, pp. 47–49. Cf. also the information concerning the documentation of inheritance rights in foreign legal systems included in works: A. Szpunar, *O skutkach prawnych*, pp. 251-252; T. Felski, *Charakter i skutki*, p. 41; J. Pazdan, *Ku jednolitemu międzynarodowemu prawu spadkowemu*, Rej. 2005, No. 3, pp. 11-12. For the problems arising from documenting inheritance rights in cross-border relations, see: G. Żmij, *Niemiecki dokument stwierdzający prawo do spadku przed polskim sądem*, Rej. 2004, No. 1, p. 97 et seq.
4. On 16 August 2012 came into force the Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) No 650/2012 of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. The Regulation will apply to matters of inheritance deceased persons on or after 17 August 2015, it will be implemented immediately in all EU countries.
5. On 17 August 2015 came into force the Act of 24 July 2015 on amending the Act – the Code of Civil Procedure, the Act – the Notary Public Law and other acts, Journal of Laws of 11 August 2015, item 1137. The date of coming into force of this Act was dictated by the regulation contained in Art. 83

paragraph 1 of the above-mentioned Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) No 650/2012 of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

6. Justification for the resolution of the panel of seven judges of the Supreme Court of 10 February 1962, 1 CO 26/62, LexisNexis No. 317053, OSN 1962, No. III, item 81.
7. M. Wojtyczek, *Skutki*, p. 36; A. Szpunar, *O skutkach prawnych*, p. 256; W. Borysiak, in: *KC. Komentarz*, vol. III, 2013, p. 899.
8. M. Wojtyczek, *Skutki*, p. 36; A. Szpunar, *O skutkach prawnych*, p. 256; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe* (1990), p. 167-169; M. Pazdan, in: *Komentarz KC*, vol. II, 2011, p. 1223; W. Borysiak, in: *KC. Komentarz*, vol. III, 2013, p. 899; B. Kordasiewicz, in: *System pr. pryw.*, vol. 10 (2013), p. 546. However, a failure to obtain such documents in practice makes it impossible for the heir to e.g. make an entry in the land register of the ownership of the property, which has been acquired after the testator (cf. Art. 34 sentence 2 in conjunction with Art. 31 paragraph 2 of the Act on Land and Mortgage Registers and on Mortgage). The statement of acquiring the inheritance or registered deed of succession certification must be in such a case attached to the application for entry. However, without attaching such documents the heir will be able to participate in the proceedings, the subject of which is the adverse possession of real estate, which is part of the inheritance, if the content of the land register reveals the heir as the owner. Furthermore, the lack of relevant documents would also prevent the heirs from the purchase of the expectative of the separate ownership of the real estate, because without an appropriate document it will not be possible to accept the heir as a member of a housing cooperative (Art. 19, paragraph 2 of the Act on housing cooperatives).
9. Act of 23 April 1964 – the Civil Code, uniform text Journal of Laws 2016, item 308, hereinafter referred to as: CC.
10. M. Wojtyczek, *Skutki*, p. 36; A. Szpunar, *O skutkach prawnych*, pp. 256-257.
11. Judgment of the Supreme Court of 19 October 2007, I CNP 51/2007, LexisNexis No. 1909764.
12. R. Wrzeczonek, *Sporządzenie aktu poświadczenia dziedziczenia – próba sformułowania definicji*, Rejent 2008, No. 7-8, pp. 148-163.
13. See more: T. Felski, *Charakter i skutki prawne orzeczenia o stwierdzeniu nabycia spadku*, NP 1984, № 7–8, p. 41.
14. Decision of the Supreme Court of 28 May 2013, V CZ 3/13, Legalis.
15. J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 677 k.p.c.* [in:] *Kodeks postępowania cywilnego*. vol. II. Komentarz. Art. 367-729, K. Piasecki, A. Marciniak (eds.), Warsaw 2016, p. 1130 et seq.
16. J. Gudowski, *Komentarz do art. 677 k.p.c.* [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, vol. III, T. Ereciński (Ed.), Warsaw 2012, p. 502.
17. J. Studzińska [in:] E. Gapska, J. Studzińska, *Postępowanie nieprocesowe*, Warsaw 2015, p. 743 et seq.

18. Decision of the Supreme Court of 14 October 2010, III CZP 67/10, LEX No. 686765.
19. Resolution of the Supreme Court of 13 October 2010, III CZP 64/10, OSNC 2011, No. 3, item 26.
20. Decision of the Supreme Court of 14 January 2016, IV CZ 68/15, unpublished.
21. This must be an objective legal interest, which means an objective need to initiate the proceedings – decision of the Supreme Court of 28 January 2009, IV CSK 361/08, OSNC 2010, No. 1, item 6.
22. Act of 14 February 1991 on the Notary Public Law, uniform text Journal of Laws 2014, item 164, hereinafter referred to as: NPL.
23. See more: P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warsaw 2011, p. 233 et seq.
24. K. Żok, *Komentarz do art 1025 k.c.* [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, M. Gutowski (ed.), Warsaw 2016, <http://sip.legalis.pl>.
25. E. Niezbecka, *Akt poświadczenia dziedziczenia jako alternatywa sądowego stwierdzenia nabycia spadku*, [in:] „*Jus et remedium*” – *Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, A. Jakubecki, J.A. Strzępka (eds.), Warsaw 2010, p. 395 et seq.
26. M. Blok, *Notarialny akt poświadczenia dziedziczenia a sądowe stwierdzenie praw do spadku*, *Rej.* 2010, № 7–8, p. 9 et seq.; P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia – uwagi de lege ferenda*, *Rej.* 2009, № 9; P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia, czyli diabeł tkwi w szczegółach*, *Rzeczpospolita – Prawo co Dnia* of 13 January 2009; K. Czerwińska-Koral, *Odmowa sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia – zagadnienia wybrane*, *PS* 2012, № 2; D. Dończyk, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia. Komentarz*, Warsaw 2011; Ł. Goździaszek, *Rejestr aktów poświadczenia dziedziczenia*, *NPN* 2008, № 4; K. Grzybczyk, M. Szpunar, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia jako alternatywny sposób stwierdzania prawa do dziedziczenia*, *Rej.* 2006, № 2; R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu poświadczenia dziedziczenia*, *PiP* 2009, № 11; L. Kwaśnicka, B. Porębska, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia – wybrane zagadnienia praktyczne*, *MoP* 2008, № 24.
27. R. Kapkowski, *Sporządzenie aktu poświadczenia*, p. 82; B. Kordasiewicz, [in:] *System PrPryw*, vol. 10, 2015, pp. 590–591, however, it is not the same as a certificate within the meaning of Art. 79 point 2 of NPL – G. Bieniek, *Notarialne poświadczenie*, p. 32, nor does it contain statements of will of the parties, which was usually characteristic for notarial documents – J. Kremis, [in:] Gniewek, Machnikowski, *Komentarz KC*, Warsaw 2014.
28. W. Borysiak, [in:] Osajda, *KC. Komentarz*, vol. III, Art. 1025 KC, Ł. Goździaszek, *Rejestr aktów...*, p. 56; B. Kordasiewicz, [in:] *System Prawa Prywatnego*, vol. 10, Warsaw 2015; E. Niezbecka, *Akt poświadczenia...*, pp. 398 and 402–403; M. Pazdan, [in:] Pietrzykowski, *Komentarz KC*, vol. II, Warsaw 2015, <http://sip.legalis.pl>; M. Pazdan, *Przesłanki dopuszczalności...*, p. 193; the lack of differentiation is indicated by M. Blok, *Notarialny akt poświadczenia...*, pp. 20–21.
29. D. Dończyk, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia. Komentarz*, Warsaw 2011, <http://sip.lex.pl>.
30. H. Ciepła, *Notarialne akty poświadczenia dziedziczenia*, „*Nowy Przegląd Notarialny*” 2009, № 4, p. 33-34.
31. M. Blok, *Notarialny akt poświadczenia dziedziczenia a sądowe stwierdzenie praw do spadku*, *Rej.* 2010, № 7–8, p. 9 et seq.; P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia – uwagi de lege ferenda*, *Rej.* 2009, № 9.
32. A. Oleszko, *Komentarz do art. 95 c, Prawo o notariacie. Komentarz. Część II. vol. I. Art. 79-91*, Warsaw 2012, <http://sip.lex.pl>.
33. J. Gudowski, *Komentarz do art. 677 k.p.c.* [in:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, p. 503.
34. M. Blok, *Notarialny akt poświadczenia dziedziczenia a sądowe stwierdzenie praw do spadku*, *Rejent* 2010, № 7-8, p. 15 et seq.

Джоанна Студзінська
НОТАРІАЛЬНЕ ТА СУДОВЕ СВІДОЦТВО ПРО ПРАВОНАСТУПНИЦТВО:
НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

У статті розглянуто законодавство, що стосується порядку придбання спадщини. Проаналізовано європейське свідоцтво про право на спадщину, як документ, що підтверджує право на успадкування, а також правові наслідки, які виникають для спадкоємців.

Ключові слова: нотаріус, спадщина, свідоцтво, універсальне правонаступництво, суд.

Джоанна Студзинская
НОТАРИАЛЬНОЙ И СУДЕБНОЙ СВИДЕТЕЛЬСТВО О ПРАВОПРЕЕМСТВО:
НА МАТЕРИАЛАХ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

В статье рассмотрено законодательство, касающиеся порядка приобретения наследства. Проанализировано европейское свидетельство о праве на наследство, как документ, подтверждающий право на наследование, а также правовые последствия, которые возникают для наследников.

Ключевые слова: нотариус, наследство, свидетельство, универсальное правопреемство, суд.

Фурса Светлана Ярославовна,
 доктор юридических наук, профессор,
 заведующая кафедрой нотариального,
 исполнительного процесса и адвокатуры,
 Заслуженный юрист Украины,
 иностранный член Польской академии наук
 (Люблинское отделение)

УДК 347.9

ИПОТЕКА В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НОТАРИУСОВ УКРАИНЫ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАКТИКИ

В статье дан анализ проблем, которые имеют место в законодательном регулировании процедуры удостоверения нотариусом договоров, возникающих из ипотечных отношениями и практики применения такого законодательства. Внесены предложения по совершенствованию Порядка совершения нотариальных действий нотариусами Украины.

Ключевые слова: ипотека, залог, нотариус, ипотечные отношения, договор.

Тема ипотечных отношений сегодня очень актуальна в Украине, поскольку в 2008 году народ пережил финансовый кризис, что было обусловлено значительным падением курса гривны по сравнению с долларом это обусловило невозможность возвращение кредитов многими должниками. Недавнее же изменение курса гривны с 8 до 24 за доллар США лишь обострило проблему невозврата кредитов и усилило сложности в восприятии ипотечных взаимоотношений, поскольку их специфика также претерпела существенные изменения в связи с необходимостью учета нестабильности цен на объекты недвижимости, вскрытых фактов некомпетентных действий нотариусов, а также иных объективных и субъективных факторов. К этому можно добавить и катастрофически высокие проценты по кредитам в Украине, которые банки вправе увеличивать в одностороннем порядке на случай финансовых кризисов и т.п.

Поэтому возникает необходимость в анализе современного опыта по применению ипотеки в Украине как в общеправовом контексте, когда государство берет на себя часть ответственности за возникший кризис и освобождает должников от катастрофически возросших процентов по кредиту, так и непосредственно в сфере применения такого средства обеспечения исполнения обязательств, каковым является ипотека как подвид залога. Эти проблемы напрямую касаются и фермеров, которым после развала Советского Союза были выделены права на землю в форме безымённых паев, которыми они до сих пор в полной мере не могут распоряжаться, а лишь пытаются обрабатывать или сдавать в аренду. При этом многие из них не способны самостоятельно обрабатывать землю, поскольку не имеют сельскохозяйственной техники и обработка небольших участков земли не может дать существенных доходов для ее приобретения.

Но вернемся к анализу общих проблем в ипотечных правоотношениях. Существен-

ные проблемы в ипотечных отношениях можно разложить на категории, которые в теоретическом контексте могут быть сведены к таковым:

- по субъектному фактору;
- по объекту ипотеки;
- по форме;

– по содержанию договоров, а именно по системному восприятию двух и более договоров, которые необходимо привести к добровольному или принудительному исполнению.

Данные проблемные вопросы напрямую связаны с законодательством Украины, где сформированы основные требования к участникам правоотношений, а также с деятельностью законодательной ветви власти и правоприменителей: нотариусов, судей и адвокатов. Лишь системно воспринимая возникшие проблемы, мы можем их комплексно решать.

Предпосылками возникновения проблем в сфере ипотечных отношений, естественно, являются проблемы в сфере кредитования, связанные с очень высокими ставками по кредитам, когда большинство граждан берут кредиты под высокие проценты в надежде на стабильный в данный момент доход. Но лишь потом ощущают те риски, которые возникают в связи с существенным изменением курса гривны, экономическим состоянием государства, когда значительное число работающих сокращается для сокращения издержек государственного бюджета и т.п. В таких случаях следовало бы оговаривать в кредитном договоре объективные причины невозможности исполнения обязательств и делить риски возникновения убытков на обе стороны или возлагать их на коммерческие организации, поскольку они способны демпфировать такие риски за счет высоких процентных ставок и получаемой ими прибыли не с одного договора, а с множества. В конце концов, можно в таких ситуациях говорить о сокращении ликвидности договоров, например, при ставке кредитования в 20 % согласиться на 5 % дохода. Но Украина допускает в кредитных

договорах обуславливать возможность увеличения процентной ставки в одностороннем порядке во время финансового кризиса, что лишь ухудшает положение должников, способных платить по условиям договора, но не способных удовлетворить возросшие претензии кредитором. Не способствует выполнению обязательств по кредитам и временно вводимые ограничения по возвращению депозитных вкладов, и другие факторы.

Поэтому проблемы ипотеки как способа обеспечения взятых обязательств нужно искать в кредитовании, поскольку сопротивление обращению взыскания на заложенное имущество лежит не в плоскости законодательства, а в попытках использовать его недостатки, когда должник не способен платить по кредиту и пытается оставить в своей собственности квартиру или дом, как единственную возможность обеспечить себя жильем, а земельный участок как средство производства сельскохозяйственной продукции и т.п.. Это, в частности, обусловлено тем, что в Украине не предусмотрена система льготного обеспечения жильем. Например, в Германии гражданин, имеющий в своей собственности квартиру или дом, не сможет претендовать на льготы, поскольку он рассматривается как обеспеченный гражданин до прекращения у него прав собственности на дорогостоящие объекты и т.п. Отсутствие социальной защиты в Украине граждан, потерявших жилье, и невозможность его аренды из-за высокой арендной платы, порождает активное сопротивление обращению взыскания на предмет ипотеки, которым является жилье.

Проблемные вопросы ипотечных отношений по субъективному фактору можно свести к практике, когда реальные взаимоотношения подменяются, как иногда кажется, юридически выверенными заместителями. Например, семья берет кредит в банке для покупки жилого помещения, а, формально, договор подписывает и должником обозначается лишь тот из членов семьи, кто имеет доход. Это положение вызывает в последующем следующие негативные последствия: признание долга лишь за одним из членов семьи, а право собственности на приобретенный объект недвижимости определяется через суд как совместная собственность супругов, из которой потом сложно выделять в натуре принадлежащую должнику часть имущества.

Как средство устранения такого недостатка, довольно часто, другой из супругов обозначается как поручитель за возвращение долга, но этот способ устранения выявленного недостатка имеет свои сложности в применении. Отметим существенное усложнение кредитных отношений, когда вместе с кредитным договором должны быть четко и взаимосвязано регламентированы в договорах и правоотношения ипотеки и поручительства. Отсюда можно сделать вывод, что выдавая кредит на приобретение объекта недвижимости следовало бы изменить существующее правило и в качестве субъектов договора рассматри-

вать одновременно обоих супругов, тогда судебный перевод прав собственности на одного из них становится практически невозможным, поскольку они будут выступать как солидарные должники и на принадлежащее им совместное имущество можно будет обращать взыскание.

По объекту ипотеки в Украине можно выделить следующие проблемные вопросы:

– с общеправовой точки зрения в договорах ипотеки может фигурировать практически, все недвижимое имущество, которое не ограничено в гражданском обороте или не исключено из него, но тут следует брать во внимание специфику правового восприятия конкретных видов имущества и прав на него в Украине. В частности, к объектам недвижимости, согласно ст. 1 Закона Украины «Об ипотеке», отнесены: земельные участки, а также объекты, расположенные на земельном участке и неотъемлемо связанные с ним, перемещение которых является невозможным без их обесценивания и изменения их назначения. Залог воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов, имущественных прав на недвижимость, строительство которой не завершено, регулируется по правилам, определенным данным Законом. Мы не станем дискутировать по поводу квалификации объектов недвижимости, к коим отнесены суда и космические объекты, а лишь обратим внимание, что наиболее распространенным предметом договоров ипотеки является жилье, что обуславливает особый спрос на квартиры и дома. Но и тут проблемы очень высоки, что связано с многочисленными случаями мошеннических преступлений, когда деньги берутся в кредит и вносятся в строительство жилья, а потом оказывается, что застройщик просто их присвоил. Поэтому граждане оказываются без жилья и должниками без какой либо позитивной перспективы. Право на землю как объект ипотеки существенно усложняется спецификой деления земельных участков по видам;

– так в Украине до 2017 года действует мораторий на отчуждение земельных участков, используемых для сельскохозяйственного производства, который закреплен в п. 15 Переходных положений Земельного кодекса Украины (далее – ЗКУ). В частности, установлено, что к вступлению в силу законом об обращении земель сельскохозяйственного назначения, но не раньше 1 января 2017 года, не допускается:

а) покупка-продажа земельных участков сельскохозяйственного назначения государственной и коммунальной собственности, кроме исключения (выкупа) их для общественных потребностей;

б) покупка-продажа или иным способом отчуждение земельных участков и изменение целевого назначения (использование) земельных участков, которые находятся в собственности граждан и юридических лиц для ведения товарного сельскохозяйственного производства, земельных участков,

выделенных в натуре (на местности) владельцам земельных долей (паев) для ведения личного крестьянского хозяйства, а также земельных долей (паев), кроме передачи их в наследство, обмена земельного участка на другой земельный участок в соответствии с законом и исключением (выкупом) земельных участков для общественных потребностей, а также кроме изменения целевого предназначения.

Данное положение в деятельности нотариусов отражается фактическим отказом от совершения нотариальных действий по удостоверению сделок, связанных с землями сельскохозяйственного предназначения без распределения (квалификации) их на виды. Так, проще предотвратить возможные негативные последствия от признания сделки, удостоверенной нотариусом, недействительной. Хотя есть публичное мнение, что нужно выделять те земли, которые подпадают под действие моратория, а также те, которые не ограничены в отчуждении.

Характерно, что для кредитования сельхозпроизводителей был создан Государственный земельный банк, но на основании решения Правления Национального банка Украины от 26 июля 2016 года № 165-рш «Об отнесении Публичного акционерного общества «Государственный земельный банк» к категории неплатежеспособных» исполнительной дирекцией Фонда гарантирования вкладов физических лиц (далее – Фонд) принято решение от 26 июля 2016 года № 1323 «О вводе временной администрации в ПАТ «ДЕРЖЗЕМБАНК» и делегирование полномочий временного администратора банка». Согласно данному решению начата процедура выведения Публичного акционерного общества «Государственный земельный банк» (далее – ПАТ «ДЕРЖЗЕМБАНК») из рынка путем ввода в него временной администрации на один месяц с 27 июля 2016 года до 26 августа 2016 года [1]. Такой исход деятельности данного банка был предсказуем, поскольку при его создании были неправильно сформулированы его задачи и цель, которые определялись следующим образом: «Повышение качества жизни украинского села путем эффективного управления государственными землями», то есть вместо кредитования банк взял на себя полномочия по управлению государственными землями. Более того, Государственный земельный банк наделен правом покупать, продавать, сдавать в аренду земельные участки, а также изменять целевое назначение земельных участков [2], что свидетельствует о наличии у банка административных и властных полномочий, но не свойственных деятельности финансового учреждения. Отсюда и возникли проблемы в деятельности данного учреждения, связанные с необходимостью «управлять» государственными землями, переданными ему государством в качестве уставного капитала, а также с мизерным финансовым капиталом, за счет которого невозможно реально

кредитовать сельхозпроизводителей. За счет изменения целевого назначения земельных участков банк существовать не способен – это было очевидно с самого начала. Основной доход от таких операций будет получать не государство, а частные лица.

По форме изложения договоров кредита и ипотеки можно утверждать, что современная украинская практика в большей степени ориентирована на предоставление существенных преимуществ кредиторам и лишь в отношении должников – государственных предприятий делается существенная оговорка, что взыскание с них может осуществляться только на основании решения суда, что говорит о неравенстве субъектов в ипотечных правоотношениях. Если государство «заботится» о собственных предприятиях, то не должно оставлять без такого же внимания и граждан, и юридические лица. Если допускается обращать взыскание на имущество должников на основании исполнительной надписи нотариуса, то и ипотекодатели – государственные предприятия должны подчиняться этому правилу. В частности, если государство заинтересовано в таком предприятии, то оно должно ответить по его долгам и не доводить дело до обращения взыскания на его имущество. При этом, может привлекаться к ответственности руководство предприятия, которое его довело до банкротства и т.п.

Еще одна общая формальная проблема заслуживает внимания. Довольно часто в Украине исполнительная надпись нотариуса осуществляется не на кредитном договоре, поскольку он не оформляется в нотариальном порядке и имеет лишь простую письменную форму, а на ипотечном договоре, который подлежит обязательному нотариальному удостоверению. Исполнительная надпись нотариуса по общему правилу служит основанием для принудительного ее исполнения исполнителями. Действительно, такая надпись нотариуса может признаваться в судебном порядке такой, что не подлежит принудительному исполнению государственной исполнительной службой, но для этого должны быть соответствующие предпосылки. Правовыми основаниями для этого могут служить следующие предпосылки:

– недостаточно четкая квалификация взаимосвязи договоров кредита и ипотеки, поскольку по общему правилу мы должны рассматривать два договора и неисполнение обязательств происходит по кредитному договору, а договор ипотеки исполняется в полном объеме и обеспечивается наложением запрета отчуждения объекта недвижимости. В ст. 88 Закона Украины «О нотариате» условием совершения ипотеки исполнительных надписей нотариусом выдвигается требование, чтобы поданные документы (оригинал) подтверждали бесспорность задолженности или другой ответственности должника перед взыскателем;

– каким образом нотариус может установить, что поданные документы подтверждают

беспорность задолженности или другой ответственности должника перед взыскателем? В Порядке совершения нотариальных действий нотариусами Украины (далее-Порядок) беспорными расцениваются те документы, которые указаны в Перечне документов, по которым взыскание задолженности проводится в беспорном порядке на основании исполнительных надписей нотариусов [3]. Отдельным положением в Перечне обусловлена возможность взыскания задолженности по основаниям, вытекающим из кредитных отношений. В последнем случае требуется предоставить оригинал кредитного договора, заверенная взыскателем выписка со счета должника с указанием суммы задолженности и сроков ее погашения с отметкой взыскателя о непогашении задолженности.

Таким образом, никаких ограничений по квалификации субъектов кредитных отношений нет и взыскатель, и должник могут быть как юридическими, так и физическими лицами. Кроме того, все документы предоставляются взыскателем, что допускает высокую вероятность совершения правонарушений.

В действующей редакции Порядка рассмотрен, на наш взгляд, главный элемент процедуры совершения исполнительных надписей, призванный гарантировать охрану прав должника. Так, согласно п. 2.3. главы 16 Порядка совершение исполнительной надписи в случае нарушения основного обязательства и (или) условий ипотечного договора осуществляется нотариусом после истечения тридцати дней с момента отправления ипотекодержателем сообщения – письменного требования об устранении нарушений ипотекодателю и должнику, если он отличается от ипотекодателя. Сообщение считается посланным, если есть отметка ипотекодателя на письменном сообщении о его получении или отметка почтового отделения связи об отправлении сообщения по указанному в ипотечном договоре адресу. Таким образом, 30 дневный срок должен дать возможность должнику отреагировать на «сообщение» взыскателя, но при такой редакции данной нормы очень много будет зависеть от почтовых работников, которые могут задержать «сообщение» и выдать справку об отправлении сообщения по указанному в ипотечном договоре адресу. К сожалению, даже в судебном порядке существуют случаи, когда повестка о рассмотрении дела должнику не отправлялась и дело рассматривалось без него в заочном режиме, что в последующем вынуждало его просить суд пересмотреть дело в связи с уважительной причиной отсутствия. Когда же взыскание будет рассматриваться нотариусом, то можно будет обжаловать в судебном порядке незаконность исполнительной надписи, произведенной без уведомления должника и по другим основаниям.

В частности, следует учесть некорректность положений Порядка производства нотариальных действий нотариусами Украины, где

в п. 5.7 главы 2 «Удостоверение сделок по отчуждению и залогоу имущества» раздела II Порядка производства отдельных видов нотариальных действий буквально говорится, что «Предметом ипотечного договора могут быть права аренды земельного участка, права пользования чужим земельным участком для сельскохозяйственных потребностей (эмфитевзис), права пользования чужим земельным участком для застройки (суперфиций)». Но это положение не соответствует статье 5 Закона Украины «Об ипотеке», где наравне с правом строительства, владения должим принадлежать и право отчуждения объекта недвижимости, а последнее право не входит в предмет договоров эмфитевзиса и суперфиция.

Существенные сложности могут возникнуть в пользовании земельными участками и в том случае, когда на них будет наложен запрет отчуждения. В частности, в результате удостоверения договора ипотеки должен накладываться запрет отчуждения объекта недвижимости, но это положение в ст. 73 Закона Украины «О нотариате» абсолютно неадекватно трансформируется, поскольку в этой норме допускаются следующие полномочия нотариуса по наложению запрета:

– в случае уведомления банка, предприятия или организации о выдаче гражданину кредита на строительство, капитальный ремонт или покупку жилого дома (квартиры), поскольку заявление и даже кредитный договор не могут служить основанием для наложения запрета, а таким основанием должен быть договор ипотеки;

– по обращению органа опеки и попечительства с целью защиты личных и имущественных прав и интересов ребенка, имеющего право собственности или проживающего в жилом доме, квартире, другом помещении, на отчуждение которого накладывається запрет – это неправомерная формулировка в связи с тем, что орган опеки и попечительства не может самостоятельно в одностороннем порядке принимать такие решения. Для этого должны быть соответствующие правовые основания.

– по уведомлению ипотекодержателя – это также односторонний акт, а не договор.

При этом, в этой статье предусмотрено, что запрет накладывається и в случае удостоверения договоров пожизненного содержания и залога объектов недвижимости. В таком случае выходит, что банк, предприятие или организация и ипотекодержатели не удостоверят надлежащим образом договор ипотеки, поскольку в таком случае нотариус должен был накладывать запрет отчуждения во время удостоверения договора ипотеки. Не должен нотариус реагировать и на заявление органа опеки и попечительства, поскольку в таких случаях нужно обращаться в суд, который и выполняет роль защиты прав детей. Он вправе в порядке обеспечения иска наложить арест на имущество, принадлежащее ребенку, а потом будет решать спор по существу, поскольку в рассматриваемом

случае запрет отчуждения должен быть связан с нарушением прав ребенка. Иначе орган опеки и попечительства наделяется полномочиями, которыми станет легко злоупотреблять. Кроме того, без согласия органа опеки и попечительства нотариус и так не сможет удостоверить сделку по отчуждению принадлежащего ребенку объекта недвижимости (абз. 2 ч. 2 ст. 33, ст. 71 ГК Украины).

Следует отметить, что сельскохозяйственном производстве в Украине, сегодня работает много иностранцев, которые успешно ведут бизнес, при этом не имея права собственности на землю сельскохозяйственного предназначения, но вправе ее арендовать (ст. 81, 82 Земельного кодекса Украины).

Целью данной статьи является обмен опытом в решении проблем, связанных с ипотечными взаимоотношениями, которые довольно часто отражают те или иные негативные факторы в общественных отношениях

и реакцию органов государственной власти на них. Надеюсь, что реформирование органов судебной власти приведет к позитивным результатам и судьи станут компетентными и беспристрастными, что позволит устранить множество проблем в правоприменении и, в частности, в ипотечных отношениях.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Запроваджено тимчасову адміністрацію у ПАТ «ДЕРЖЗЕМБАНК» http://www.dzbank.com.ua/press_room/news/admin_fond/.
2. ПРО БАНК <http://www.dzbank.com.ua/about/>.
3. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF>.

Фурса Світлана Ярославівна **ИПОТЕКА В ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСІВ УКРАЇНИ:** **ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКИ**

У статті подано аналіз проблем, які мають місце в законодавчому регулюванні процедури посвідчення нотаріусом договорів, що виникають з іпотечних відносин і практики застосування такого законодавства. Внесено пропозиції щодо вдосконалення Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Ключові слова: іпотека, застава, нотаріус, іпотечні відносини, договір.

Fursa Svitlana **MORTGAGE IN THE ACTIVITIES OF NOTARIES OF UKRAINE:** **PROBLEMS OF LEGISLATIVE AND REGULATORY PRACTICES**

The article analyzes the problems that exist in the legal regulation of agreements notary certification procedures, arising from mortgage relations and the practice of such legislation. Proposals for improving the Procedure notarial acts notars of Ukraine.

Keywords: mortgage, pledge, notary, mortgage relations, contract.

Фурса Євген Іванович,
кандидат юридичних наук, професор
кафедри міжнародного приватного,
комерційного та цивільного права,
Київського національного торговельно-економічного університету

Фурса Євген Євгенович,
кандидат юридичних наук, аташе,
Міністерство закоронних справ України

УДК 347.9

ЗАПОВІТИ САМОГУБЦІВ – ПРИВІД ДЛЯ ДИСКУСІЇ

Здійснено аналіз позиції науковців щодо можливості правового регулювання заповітів самогубців на предмет їх недійсності за різних умов і доцільності відображення різних ситуацій, пов'язаних з визнанням таких заповітів недійсними, у цивільному праві. Виявлено основні проблемні моменти в позиції авторів, які запропонували таку новелу, і висловлені пропозиції щодо сприйняття таких заповітів в судовій практиці.

Ключові слова: заповіт, самогубець, недійсність заповіту, судова практика.

Постановка проблеми. Інтерес до визначеної в назві проблематики викликала стаття Т.О. Калашника та А.В. Гончарової «Складності визначення дійсності заповітів самогуб-

ців» [1], оскільки тема оригінальна і цікава, а позиція зазначених вчених неоднозначна, особливо, коли мова піде про впровадження такого статусу як самогубець в правову

систему України. Так, з правової точки зору не можна кваліфікувати самогубство як особливий вид смерті, що повинен мати певні наслідки, якщо особа з власної волі і без будь-якого впливу вирішила покінчити власне життя. Релігійна ж кваліфікація самогубства визначає моральні основи суспільних відносин і негативне відношення до такого явища, але піднята авторами проблема і запропоновані ними правові оцінки різнопланових ситуацій зумовлюють необхідність широкого аналізу використання терміну «самогубство» саме в юридичному контексті. Якщо ж ми розглядатимемо дане поняття з одночасним застосуванням терміну «заповіт», то неодмінно мусимо його кваліфікувати в площині цивільно-правових відносин, що, на наш погляд, зробити доволі складно.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тема є оригінальною і самостійних її досліджень, крім статті Т.О. Калашника та А. В. Гончарової «Складності визначення дійсності заповітів самогубців» в юридичній літературі автором не було помічено.

Зважаючи на вищезазначене, **метою** даної роботи є застереження можливості впровадження позитивних і негативних гіпотез Т.О. Калашника та А.В. Гончарової без широкого обговорення в законодавство.

Об'єкт дослідження складають два юридичні поняття «заповіт» та «самогубство» як взаємопов'язані одним суб'єктом, який одночасно виступає і як заповідач, і як самогубець.

Виклад основного матеріалу. Розпочнемо аналіз із самого кінця статті, тобто з висновків авторів, які ними надані буквально у такій редакції: «Отже, на підставі зазначеного можна зробити декілька варіативних ситуацій та визначити правові наслідки щодо дійсності заповіту, складеного особою-самогубцем:

Заповіт складає особа, яка розуміє значення своїх дій та може керувати ними, а самогубство вчинено нею усвідомлено, у стані тимчасового душевного або психічного розладу, або є наслідком фізичного чи психічного тиску. Даний заповіт викликає всі встановлені законодавством правові наслідки та визнається дійсним, адже всі умови його складання додержані, а умова смерті людини в даному випадку не має істотного значення» [2].

Тобто в запропонованій авторами правовій ситуації акцентується увага на тому, що заповіт був складений особою-самогубцем, яка складає заповіт в стані, з одного боку, з розумінням значення своїх дій та можливості керування ними і тут же додається, стан душевного або психічного розладу, або під фізичним чи психічним тиском. Вважаємо, що ситуація дуже складна для її однозначного сприйняття з точки зору адекватності поведінки самогубця, який попирає заборони церкви, суспільної моралі і все ж таки наважується на самогубство. Цей факт вже викликає потребу в кваліфікації поведінки особи спеціалізованими лікарями або слідчими, оскільки в останньому випадку доведення до само-

губства вже є кримінально караним діянням (ст. 120 КК України). Якщо застосовувався фізичний тиск, то така обставина має сприйматися як обтяжуюча, що повинна бути спрямована на досягнення конкретної мети.

Отже, з самого початку потрібно ставити питання про доведення до самогубства: ким і з якою метою. Якщо тиск здійснювався для отримання права на спадкування, то відповідний заповіт, однозначно, має визнаватися недійсним на підставі ст. 231 ЦК хоча б через те, що встановлений правоохоронними органами факт застосування проти заповідача фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи повинен не тільки породжувати кримінальне покарання (ст. 120 КК України), а й мати, передбачені законодавством, цивільні наслідки. Тобто з такою позицією Т.О. Калашника та А.В. Гончарової важко в такій ситуації погодитися.

Опоненти можуть зауважити, що особа доводилася до самогубства, але, цілком можливо, що ніхто не спонукав її до написання заповіту. Тому правочин щодо спадкових розпоряджень і прав на спадкування не може бути визнаний таким, що вчинений проти її справжньої волі. Однак, визнаючи примус до уходу з життя – самогубства, всі наступні кроки слід також розцінювати як вимушені через те, що при продовженні життя навіть складений і належно оформлений заповіт не діяв би, а ми розглядаємо заповіт заповідача самогубця. Отже, після його смерті зазначені два факти мають розглядатися як безпосередньо взаємопов'язані між собою.

Більше того, навіть з формальної сторони, в ст. 231 ЦК передбачений широкий діапазон суб'єктів, які здійснювали примус, а не тільки спадкоємці. Тому положення «тиск... з боку іншої особи» не зобов'язує доводити причинно-наслідковий зв'язок між тиском і очікуваними наслідками, достатньо встановити наявність тиску з боку будь-якої особи і правочин може бути визнаний недійсним.

Важко погодитися з позицією Т.О. Калашника та А.В. Гончарової, що умова смерті людини в даному випадку не має істотного значення. На думку авторів, умови (причини і обставини) смерті самогубця мають досить важливе значення для визнання дійсним або недійсним заповіту. Описана в спеціальній літературі позиція вчених щодо наявності в самогубців психічних розладів [3] заслуговує на увагу, але вона не повинна сприйматися як причина бездіяльності правоохоронних органів хоча б в тому аспекті, що такі випадки мають слугувати підставою для розслідування наявності або відсутності потенційно можливих ознак злочинних дій за ст. 120 КК України або приховування вбивства під виглядом самогубства тощо.

Можна погодитися із згаданими авторами в тому, що, безперечно, є незначна кількість громадян, які свідомо і без примусу розстаються з життям в силу різних причин і здатні висловити своє волевиявлення в заповіті адекватно своїй волі, але у такій ситуації не корек-

тним є застосування положення: «особа розуміє значення своїх дій та може керувати ними, а самогубство вчинено нею усвідомлено, у стані тимчасового душевного або психічного розладу», оскільки остання частина цього речення перекреслює попередню.

Інакше, потрібно розмежувати в часі і за змістом два поняття: «посвідчення заповіту» і «самогубство» та розглядати їх окремо як не взаємопов'язані між собою, що суперечитиме предмету дослідження. Зокрема, до самогубства відповідно до загальноприйнятих положень може відноситися й добровільна евтаназія, яка розподіляється на пасивну, що може зводитися до навмисного припинення медиками підтримуючої терапії, та активну евтаназію – введення помираючому медичних препаратів або інші дії, які тягнуть за собою швидку і безболісну смерть. До активної евтаназії часто відносять і самогубство з лікарською допомогою – надання хворому на його прохання препаратів, що скорочують життя. Добровільна евтаназія здійснюється на прохання хворого або з попередньо висловленої згоди (наприклад, в США поширена практика заздальгідь і в юридично достовірній формі виражати свою волю на випадок незворотної коми) [4].

Отже, потенційно можливим буде випадок, коли людина добровільно погоджується на евтаназію і при цьому бажає висловити свою останню волю на випадок смерті передбаченим законодавством способом – у заповіті, який має бути посвідчений нотаріально. Відмінність останнього випадку буде полягати в тому, що для всіх оточуючих причина вкорочення віку розцінюється поважною, за людиною спостерігають і її волевиявлення в такій ситуації розцінюватиметься як свідоме і вільне. Можливо, що через певний час в нашій країні так само буде запроваджена евтаназія, якщо суспільство і релігійні організації визнають право людини добровільно піти з життя, але для цього доцільно проаналізувати досвід іноземних країн і, зокрема, щодо можливості і процедури посвідчення заповітів такими особами. Однак, це лише один з багатьох варіантів розвитку відносин в запропонованому авторами висновку, але можливим буде й інший, коли заповідач доводиться до самогубства з метою отримання спадщини як самим спадкоємцем, так і в його інтересах іншою особою.

Таким чином, для належної кваліфікації самогубства потрібно визнати, що поняття «заповіт самогубця» слід зв'язувати з двома послідовними діями як то: написання заповіту та спричинення смерті за власним бажанням, які мають бути безпосередньо пов'язані в часі. При цьому, слід відділити випадки, коли смерть спричинюється так, що буває важко встановити сам факт самогубства, наприклад, окремі автомобільні аварії відбуваються без видимих суб'єктивних і об'єктивних причин, що може підштовхнути до сприйняття такої смерті внаслідок самогубства. У зв'язку з цим, виникає потреба належно кваліфікувати факт,

що смерть настала в результаті самогубства, а це здатні зробити лише слідчі органи і після розслідування всіх обставин смерті особи. В такій ситуації безпосередня близькість в часі «безпрічинної» дорожньо-транспортної аварії, що спричинила смерть, і факту посвідчення заповіту можуть означати наявність воли на самогубство.

Розглянемо й іншу можливу складну правову ситуацію, коли самогубець власноруч написав заповіт, але не посвідчив його у нотаріуса (консула) і пішов з життя. В такому разі ми можемо говорити про недійсність заповіту внаслідок недотримання нотаріальної форми його посвідчення. У той же час, коли це відбулося вночі і не було будь-якої можливості дотриматися нотаріальної форми, то за заявою спадкоємців може виникнути необхідність розглядати волю заповідача, висловлену у заповіті, оскільки Україна беззастережно приєдналася до Конвенції про колізію законів, які стосуються форми заповітів, учиненої 5 жовтня 1961 року в Гаазі, що набрала чинності для України 14.05.2011 р. [5], де допустимими розцінюються не тільки проста письмова форма, а й, навіть, усна. Тому спадкоємці вправі вимагати визнання письмово і власноруч складеного заповіту дійсним, але така ситуація буде найскладнішою для визнання заповіту дійсним, оскільки знов таки виникне необхідність розслідувати причини самогубства.

Можна стверджувати, що переважна більшість адвокатів не візьметься за таку справу, оскільки в силу стереотипного сприйняття нотаріальної форми таку справу буде важко виграти в суді. Однак, не можна заперечувати потенційну можливість виникнення такої ситуації, отже і теоретичний її розгляд вважається доцільним.

Неординарною є й друга правова ситуація, яка аналізується Т.О. Калашником та А. В. Гончаровою, а саме: «Заповіт складає особа, дієздатність якої є обмеженою, а самогубство вчинено нею усвідомлено або у стані тимчасового або психічного розладу, або є наслідком фізичного чи психічного тиску. В даному випадку заповіт за позовом піклувальника над даною особою, може визнаватися недійсним, відповідно до цивільного законодавства. Факт поновлення дієздатності заповідача після складання заповіту та співпадання часу складання заповіту та вчинення самогубства не має важливого значення для даної ситуації» [6].

Дана гіпотеза визначає заінтересовану особою піклувальника над обмежено дієздатною особою у разі звернення з позовом до суду, з чим важко погодитися, оскільки повноваження піклувальника щодо опікуваної особи та її інтересів припиняються у зв'язку зі смертю заповідача-підопічного піклувальника. Крім того, за загальним правилом, правом на звернення до суду наділяється та особа, яка вважає свої права порушеними, невизнаними тощо. Тобто визнавати заповіт недійсним мають спадкоємці за законом, якщо вони не

зазначені в заповіті або згідно нього вважають свої права порушеними.

Щодо визнання посвідченого обмежено дієздатною особою заповіту недійсним, то з таким висновком можна погодитися в частині його застосування в судовій практиці з формальної точки зору і на підставі умови ст. 1234 ЦК щодо повної цивільної дієздатності заповідача на момент його посвідчення. Але інший бік цього положення доводить, що такий заповіт не повинен визнаватися недійсним, оскільки він є нікчемним і нотаріус (консул) на підставі рішення суду про обмеження особи в дієздатності мусить не приймати його до уваги при визначенні спадкоємців. Тобто при наявності попереднього заповіту цієї ж особи мусить діяти попередній або спадкування повинно здійснюватися за законом, якщо попереднього заповіту не має.

У той же час, з теоретичної позиції варто зауважити, що обмеження в дієздатності – це спосіб застерегти зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо, оскільки особа ставить себе та ін. у скрутне матеріальне становище, а це передбачене ч. 2 ст. 36 ЦК. Отже, якщо ми віримо в дієвість такого способу як обмеження особи в отриманні і розпорядженні коштами, то варто припускати, що вона після застосування такого заходу не матиме доступу до спиртних напоїв, наркотичних засобів, токсичних речовин і вона здатна свідомо розпорядитися належним їй майном на випадок смерті. Тобто при житті вона не отримує коштів і не буде зловживати, тому важко сприймати позбавлення прав обмежено дієздатних осіб на посвідчення заповіту. Але це положення, підкреслимо, є теоретичним і тривалий час навколо нього висловлюються різні міркування і воно не поширюється на визначених недієздатними осіб.

Зокрема, коли ми позбавляємо права на посвідчення заповіту неповнолітніх осіб, то припускаємо, що таким особам рано думати про смерть і, в той же час, їх волевиявлення є ще не зовсім свідомим. Однак, це стереотипне сприйняття всіх молодих осіб, якщо ж ми врахуємо можливість невеличкової хвороби в неповнолітніх осіб і їх волю та право на евтаназію, то неодмінно має постати й питання про їх право на посвідчення заповіту.

Цікавими для аналізу вважаємо й остаточні висновки згаданих авторів: «По-перше, зазначити в цивільному законодавстві підстави недійсності заповітів-самовбивць, яка може визначатися в судовому порядку, враховуючи обставини під час складання заповіту. По-друге, слід підвищити кваліфікаційні вимоги до нотаріусів(консулів) щодо навиків юридичної психології у даних осіб та вміння краще орієнтуватися у психічному стані здоров'я особи-заповідача на момент вчинення правочину задля забезпечення уникнення заповітів, що в подальшому можуть визнаватися недійсними» [6].

Вважаємо, що дискусію слід розпочинати з останнього положення, оскільки науковці так

зацікавилися «розкладанням» заповіту самовбивць на ситуації, що деякою мірою втралили логіку та гуманізм. Тобто, якщо кваліфікований психолог-нотаріус (консул) побачить в поведінці особи схильність до самогубства, то думати потрібно про те, як їй допомогти, а не про визнання заповіту недійсним у майбутньому. Якщо навіть припустити, що нотаріус (консул) відмовить в посвідченні заповіту самогубцю, то виникне потреба в обґрунтуванні власної гіпотези і підтвердженні її доказами. Інакше дії нотаріуса (консула) незаконні і він має нести відповідальність за те, що незаконно відмовив в посвідченні заповіту. Як у сучасних умовах нотаріус (консул) може довести факт, що людина схильна до самогубства в даний конкретний момент? З позиції гуманізму, дійсно, якщо нотаріус (консул) відмовить особі в посвідченні заповіту і остання захоче «помститися» йому та оскаржить його дії або звернеться з позовом, то таким чином її життя може продовжитися і, можливо, «погані наміри» відійдуть на другий план. В такому разі, відмова нотаріуса (консула) може стати позитивним явищем.

Хоча з авторами можна однозначно погодитися в тому, що нотаріусам (консулам) потрібна спеціальна підготовка щодо навиків психології, а це може дозволити застерегти випадки посвідчення правочинів під тиском, внаслідок обману тощо і застерегти випадки порушення прав громадян.

Щодо зазначення в цивільному законодавстві підстав недійсності «заповітів самовбивць», то це положення варто відобразити в законодавстві, щоб з'явився додатковий стримуючий від самогубства фактор для таких осіб, за винятком випадків обґрунтованої поважними причинами евтаназії, яка в багатьох країнах світу вже визнана допустимою формою уходу з життя. Тобто поряд з релігійною заборонаю самогубства можна застерегти це негативне явище й цивільно-правовими засобами. Але така «заборона» реально стосуватиметься тільки незначної кількості осіб: що мають власне майно, яке підлягає державній реєстрації і для отримання якого має видаватися свідоцтво про право на спадщину.

Однак, в запропонованій авторами позиції щодо доповнення цивільного законодавства відсутня конкретика. Більше того, в цивільному законодавстві при впровадженні пропозиції виникне необхідність визначити поняття «самогубство» і «самогубець» і як альтернативу – «природну смерть людини». Найскладнішим завданням стане й питання щодо зв'язку між строком посвідчення заповіту та самогубством, оскільки ці поняття мають бути взаємопов'язаними: наприклад, доба може рахуватися невеликим строком і говорити про прямий зв'язок між свідомими діями особи. Але це не авторська пропозиція, а новий привід для дискусії.

Однак і це не головне, недоцільність такої пропозиції обумовлюється тим, що користуючись конкретно сформульованими в ЦК

поняттями «недієздатність», «обмежена дієздатність» ми здатні були вирішити дві запропоновані авторами ситуації. А інші поняття такі як психічні розлади, здатність розуміти значення своїх дій – це за своєю суттю поняття, які вже мають місце в ЦК, але вони ґрунтуються на оціночних судженнях, тому їх наявність або відсутність за допомогою доказів необхідно доводити в суді заінтересованим особам. Зокрема, в таких випадках буде аналізуватися поведінка особи до вчинення самогубства і, відповідно, посвідчення заповіту, зв'язок між цими діями людини, наявність або відсутність зв'язків з особами, які зазначені в заповіті як спадкоємці тощо.

Висновки. Для спростування необхідності доповнення законодавства гіпотезами авторів можна було б послатися на теоретичні концепції, відірвані від життя суспільства, і недоцільність їх впровадження в законодавство через те, що не існує судової практики. Але така позиція зводила б науку не до вироблення прогнозів розвитку правовідносин, а до аналізу судової практики, що не відповідає меті і завданням науки. Цілком можливо, що у Т.О. Калашника та А.В. Гончарової існує низка справ, в яких це питання вже досліджувалося судом, тому воно є актуальним.

Не зважаючи на зроблені зауваження і заперечення доцільності введення даного поняття до законодавства, автори вважають, що піднята проблема заповітів самогубців є цікавою для наукового аналізу і потенційно можливо, що запропонована дискусія у разі потреби в тій чи іншій мірі знайде своє відтворення в практичній діяльності як адвокатів, так і суддів.

Отже, наукові пошуки цікаві не тільки і не стільки в контексті удосконалення законодавства, а, насамперед, для збагачення теорії права, зокрема, цивільного права, що може, безумовно, збагатити і судову практику. У зв'язку з цим, необхідно подякувати тим авторам, які сміливо виносять для обговорення науковою спільнотою неординарні гіпотези, пов'язані з актуальними та проблемними правовими ситуаціями.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Калашник Т.О. Складнощі визначення дійсності заповітів самогубців [Електронний ресурс] / Т.О. Калашник, А.В. Гончаров / «Молодий вчений» • № 2 (02) • грудень, 2013 р. – с. 82-85.
2. Калашник Т.О. Складнощі визначення дійсності заповітів самогубців [Електронний ресурс] / Т.О. Калашник, А.В. Гончаров / «Молодий вчений» • № 2 (02) • грудень, 2013 р. – с. 82-85.
3. Балабанова Л. М. Судебная патопсихология (вопросы определения нормы и отклонений) / Л. М. Балабанова. – Днепропетровск: Сталкер, 1998. – 209 с.
4. Эвтаназия [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%AD%D0%B2%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D1%8F>.
5. Конвенція про колізії законів, які стосуються форми заповітів, учинена 5 жовтня 1961 року в Гаазі, що набрала чинності для України 14.05.2011 р. [Електронний ресурс] / Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_424.
6. Калашник Т.О. Складнощі визначення дійсності заповітів самогубців [Електронний ресурс] / Т.О. Калашник, А.В. Гончаров / «Молодий вчений» • № 2 (02) • грудень, 2013 р. – с. 82-85.

Фурса Евгений Иванович, Фурса Евгений Евгеньевич **ЗАВЕЩАНИЕ САМОУБИЙЦЫ- ПОВОД ДЛЯ ДИСКУСИИ**

Осуществлен анализ позиции ученых относительно возможности правового регулирования завещаний самоубийц на предмет их недействительности при разных условиях и целесообразности отражения разных ситуаций, связанных с признанием таких завещаний недействительными, в гражданском праве. Выявлены основные проблемные моменты в позиции авторов, которые предложили такую новеллу, и изложены предложения относительно восприятия таких завещаний в судебной практике.

Ключевые слова: завещание, самоубийца, недействительность завещания, судебная практика.

Fursa Yevgen, Fursa Yevgen **TESTAMENT SUICIDE – AN OCCASION FOR DISCUSSION**

The analysis of the position of scientists on the possibility of legal regulation of suicide wills for their invalidity under different conditions and appropriate display of the different situations related to the recognition of the will invalid in civil law is made. The basic problem points to the position of authors who suggested this story are made and suggestions on the perception of wills in judicial practice revealed.

Keywords: will, suicide, invalidity of the will, court practice.

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Гаро Ганна Олександрівна,
кандидат юридичних наук, адвокат, медіатор

УДК 347.9

СПЕЦИФІКА РОЗГЛЯДУ СПОРІВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ПРАВОВІДНОСИН ПАТРОНАТУ

У статті висвітлюються питання правового регулювання патронату як категорії сімейно-правового інституту через специфіку розгляду спорів, що виникають з правовідносин патронату. Автор розглядає питання специфіки законодавчого регулювання правовідносин патронату, аналізує можливі різновиди та порядок розгляду сімейних спорів, що можуть виникнути з правовідносин патронату. Зроблено висновок про специфіку спорів, що можуть виникнути з договорів патронату та з огляду на це необхідність у спеціалізації суддів, які розглядатимуть сімейні спори, що виникають з правовідносин патронату.

Ключові слова: патронат, охорона дитинства, сімейний спір, сімейно-правовий інститут, спеціалізація, суддів, захист дітей.

Чинне законодавство визначає охорону дитинства в Україні як стратегічний загальнонаціональний пріоритет і з метою забезпечення реалізації прав дитини на життя, охорону здоров'я, освіту, соціальний захист, всебічний розвиток та виховання в сімейному оточенні встановлює основні засади державної політики у цій сфері, що ґрунтуються на забезпеченні найкращих інтересів дитини.

У зв'язку цим з прийняттям нового Сімейного кодексу України (надалі – СКУ) був запроваджений новий правовий інститут патронату, під яким згідно ч. 1 ст. 252 розуміється тимчасовий догляд, виховання та реабілітація дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин [1].

Дослідженню історії виникнення патронату присвячували свої наукові дослідження, зокрема російські – Н. Несмеянов [2], С. Чіганова та П. Шахов [3], І. Назарова [4], українські – А. Зінченко [5, с. 204–212], В. Козубовський [6] та інші, відомі українські вчені як З.В. Ромовська [7, с. 475], Ю.С. Червоний [8], В.С. Гопанчук [9, с. 273], О. Карпенко [10], Л.М. Зілковська [11]. На тему сімейно-правової специфіки цього інституту відомі праці В.П. Мироненко [12], Ю.Ю. Черновалюк [13], Л. Шаповал [14].

При цьому, недостатньо було приділено увагу саме можливим різновидам та специфіці судового розгляду спорів, що виникають з правовідносин патронату, що зумовило мету цієї статті – здійснення загальної характеристики правового регулювання патронату як нового сімейно-правового інституту через можливі різновиди і специфіку розгляду спорів, що виникають з правовідносин патронату.

Кодекс про шлюб та сім'ю України [15] не передбачав патронату як способу влаштування у сім'ю дітей, які залишилися без піклування батьків. Протягом останніх років діти,

які залишилися без батьківського піклування, передавалися на виховання в сім'ю у вигляді дитячих будинків сімейного типу. Вперше інститут патронату в'явився в Україні із прийняттям у 2002 році СКУ, глава 20 якого була присвячена правовідносинам патронату.

Протягом 2004 – 2016 років відбувався розвиток патронату над дитиною як інноваційної моделі екстреного реагування та надання підтримки сім'ям з дітьми, які перебувають у складних життєвих обставинах. Однак на практиці інститут патронату був не дієвим через відсутність затверджених механізмів забезпечення застосування цієї процедури.

19.02.2016 року Президентом України П.О. Порошенко було підписано Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення соціального захисту дітей та підтримки сімей з дітьми» від 26.01.2016 року № 936-VIII [16], яким глава 20 Сімейного кодексу України була викладена в новій редакції, а також розроблені механізми та процедури щодо захисту дитини з метою уникнення негативного для дитини досвіду інтернатного виховання та забезпечення її тимчасового проживання в умовах, максимально наближених до сімейних.

В цілому за результатами аналізу глави СКУ «Патронат на дітьми» (ст. 251 – 256) правове регулювання патронату можна узагальнити наступним чином:

1. Послуга патронату над дитиною передбачає тимчасовий догляд та виховання дитини в спеціально підготовленій сім'ї патронатного вихователя як альтернативи її влаштування до інтернатного закладу.

2. Передача дитини здійснюється за договором про патронат, а не на підставі адміністративно-правового акта – рішення органу опіки чи піклування. Вперше чітко встановлено обов'язковість письмової форми договору. Патронатний вихователь зараховується на роботу за трудовим договором до бюджет-

ної установи соціального захисту населення за визначенням відповідно місцевої державної адміністрації або місцевої ради. Цей договір укладається між органом опіки і піклування та особою, яка дала згоду взяти дитину на виховання (патронатним вихователем).

Тому патронатний вихователь виконує свої договірні обов'язки, в той час як опікун чи піклувальник виконує повноваження, покладені на нього від імені держави, на виконання конституційного обов'язку держави. Опікун є законним представником дитини у всіх правовідносинах. Патронатний вихователь є таким лише у сфері процесуальних відносин. У всіх зазначених вище випадках не припиняються правовідносини між дитиною та її родичами. Патронатні вихователі виконують функції опікуна щодо дитини у віці до 14 років і піклувальника щодо дитини у віці від 14 до 18 років.

3. Патронат є тимчасовим доглядом, вихованням та реабілітацією дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин; сім'я патронатного вихователя – це сім'я, в якій за згоди всіх її членів повнолітня особа, яка пройшла спеціальний курс підготовки, виконує обов'язки патронатного вихователя на професійній основі; патронатного вихователя – як особи, яка за участю членів сім'ї надає послуги з догляду, виховання та реабілітації дитини у своїй сім'ї.

4. Патронатним вихователем так як і усиновлювачем, опікуном чи піклувальником не можуть бути особи, зазначені в статті 212 СКУ.

5. Термін перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя встановлюється органом опіки та піклування і не може перевищувати трьох місяців (ч. 6 ст. 251 СКУ). У разі наявності обставин, що обґрунтовують необхідність і доцільність перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя понад зазначений термін, орган опіки та піклування може його продовжити. Загальний термін перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя не може перевищувати шість місяців.

6. Закріплено права дитини, яка влаштується в сім'ю патронатного вихователя, зокрема при влаштуванні дитини в сім'ю патронатного вихователя її батьки не звільняються від обов'язку щодо утримання дитини.

7. Визначено обов'язки патронатного вихователя, зокрема згідно ст. 255 СКУ патронатний вихователь зобов'язаний: – забезпечити дитину житлом, одягом, харчуванням тощо; – створити дитині умови для навчання, фізичного та духовного розвитку; – співпрацювати з батьками, іншими законними представниками дитини задля подолання складних життєвих обставин у межах та у спосіб, визначені органом опіки та піклування; – забезпечити надання чи доступ до послуг, визначених договором про патронат над дитиною; – сприяти контактам дитини з батьками, іншими законними представниками, родичами, крім випадків, коли батьки позбавлені батьківських прав

або в судовому порядку обмежені у праві спілкування з дитиною [1].

Відповідно сумнівів, що патронат є сімейно-правовим інститутом та має сімейно-правову природу, не виникає, оскільки по-перше, раніше діти над якими встановлювався патронат були діти-сироти або діти, позбавлені батьківського піклування, то зараз вводиться інша категорія для позначення дітей, щодо яких може застосовуватися патронат: дитина, яка перебуває у складних життєвих обставинах, – дитина, яка потрапила в умови, що негативно впливають на її життя, стан здоров'я та розвиток у зв'язку з інвалідністю, тяжкою хворобою, безпритульністю, перебуванням у конфлікті із законом, залученням до найгірших форм дитячої праці, залежністю від психотропних речовин та інших видів залежності, насильством та жорстоким поведінням у сім'ї, ухилянням батьків, осіб, які їх замінюють, від виконання своїх обов'язків, обставинами стихійного лиха, техногенних аварій, катастроф, воєнних дій чи збройних конфліктів тощо, що встановлено за результатами оцінки потреб дитини.

По-друге, договір про патронат є різновидом сімейного договору. Сьогодні відповідно до ч. 1 ст. 9 СКУ подружжя та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулює цей Кодекс, можуть врегулювати свої відносини за домовленістю (договором), якщо це не суперечить вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства. Як і будь-який правочин договір про патронат має предмет (ч. 1 ст. 253 СКУ), зміст (ст. 254, 255 СКУ) та форму (ч. 1 ст. 253 СКУ), строк (ч. 6 ст. 252 СКУ), може бути припинений (ч. 2 ст. 253 СКУ), розірваний (ч. 3 ст. 253 СКУ) тощо [1]. Згідно СКУ типовий договір про патронат над дитиною затверджується Кабінетом Міністрів України. Крім того договір патронату як, і будь-який правочин, являє собою єдність чотирьох елементів: суб'єктів – осіб, які беруть участь у правочині, суб'єктивної сторони – єдності волі і волевиявлення; форми та змісту [17, с. 197-198; 18, с. 190].

Сторонами договору про патронат є, з одного боку, орган опіки та піклування, а з другого – патронатний вихователь. Не зважаючи на те, що за термінологією договір про патронат над дітьми має багато спільного з цивільно-правовим договором і у ньому застосовуються цивільно-правові терміни: договір; сторони; оплатність; двосторонність тощо, як зазначав Ю.С. Червоний, за своєю правовою природою цей договір не є цивільно-правовим і на нього не можуть поширюватися положення зобов'язального права, тому що: – по-перше, предметом цього договору є діяльність, пов'язана з вихованням та утриманням дітей, що є сферою регулювання сімейного права; – по-друге, за невиконання умов договору не встановлена цивільно-правова відповідальність у вигляді відшкодування збитків чи інших майнових санкцій; – по-третє, патронатний вихователь за своїм правовим статусом прирівнюється до опікуна (піклувальника) дитини, права та обов'язки якого встановлено

не умовами договору, а нормами сімейного чи адміністративного законодавства [8].

По-третє, через потребу отримання згоди дитини на передачу дитини у сім'ю патронатного вихователя, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити, згідно зі ст. 253 СКУ та ч. 1 ст. 171 СКУ, відповідно до якої дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї [1].

Відповідно, що як і будь-який договір, договір патронату можна визнати недійсним та неукладеним з підстав, визначених у Цивільному кодексі України (надалі – ЦКУ). Відповідно до ч. 1 ст. 215 ЦКУ підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою – третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу. Відповідно такими підставами будуть випадки, коли: зміст правочину суперечить цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам (ч. 1 ст. 203 ЦКУ); особа, яка вчиняє правочин, не мала необхідного обсягу цивільної дієздатності (ч. 2 ст. 203 ЦКУ); волевиявлення учасника правочину не було вільним і не відповідає його внутрішній волі (ч. 3 ст. 203 ЦКУ) [19].

Аналіз норм глави 20 СКУ також дає змогу визначити перелік спорів, що можуть виникати з огляду на сімейну природу договору патронату, зокрема:

- визнання неукладеним через не визначення, де буде проживати дитина, яка частина помешкання буде їй виділена особисто чи дитина буде користуватися помешканням разом з іншими членами сім'ї;

- про визнання недійсним з огляду на відсутність згоди дитини чи заяви осіб, які виявили бажання взяти дитину на виховання, з проханням передати їм на виховання конкретну дитину;

- розірвання у зв'язку з не виконанням патронатним вихователем своїх обов'язків згідно ст. 255 СКУ по забезпеченню дитини житлом, одягом, харчуванням тощо; створенню дитині умови для навчання, фізичного та духовного розвитку; здійсненню захисту дитини, її прав та інтересів, або якщо між ним та дитиною склалися стосунки, які перешкоджають виконанню обов'язків за договором (відсутність взаєморозуміння з дитиною, конфліктні відносини між дітьми);

- дострокове припинення у разі відмови від нього вихователя або дитини, яка досягла чотирнадцяти років або ж у разі появи матері, батька і повернення їм дитини;

- стягнення коштів, які не були сплачені за виконання обов'язків патронатного вихователя, так як договір про патронат – це відплатний сімейний договір;

- за позовом патронатного вихователя про стягнення аліментів на дитину, про повернення її майна, відшкодування завданої шкоди тощо;

- щодо вчинення правочинів патронатним вихователем від імені дитини, взятої на виховання;

- про визначення місця проживання підопічного.

Очевидно, що кожна справа, яка стосується спору, що виник з відносин патронату, матиме специфіку. Суддя, який розглядає спір, що виник з договору патронату, має володіти знаннями спеціального сімейного законодавства та особливостей правовідносин патронату. Зокрема знати:

1. Термінологію, що визначена у Законі України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 № 2402-III, зокрема:

- поняття щодо дітей, позбавлених батьківського піклування, дитини, розлученої із сім'єю, дітей, щодо яких може застосовуватися патронат;

- тлумачення поняття «забезпечення найкращих інтересів дитини» – дії та рішення, що спрямовані на задоволення індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я, особливостей розвитку, життєвого досвіду, родинної, культурної та етнічної належності та враховують думку дитини, якщо вона досягла такого віку і рівня розвитку, що може її висловити [20].

2. Систему законодавства про охорону дитинства та його завдання, основні принципи та систему заходів і організації охорони дитинства, права та свободи дитини, способи захисту прав та інтересів дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах.

3. Специфіку правовідносин патронату, зокрема, що:

- патронатний вихователь, як і опікун чи піклувальник, не зобов'язаний утримувати дитину за рахунок своїх, власних коштів. Він зобов'язаний забезпечити дитину всім необхідним за рахунок її майна чи інших, спеціально виділених для цієї мети коштів. Дитина може мати дохід від використання належного їй майна. На її утримання можуть бути присуджені аліменти з матері, батька, діда, баби, брата, сестри, вітчима, мачухи;

- розмір плати має визначитися у договорі з урахуванням віку, стану здоров'я дитини та інших обставин, які мають істотне значення. Однак плата за виховання, обслуговування дитини, тобто за виконану роботу та надані послуги, і кошти на утримання дитини – це різні речі;

- при перевірці виконання обов'язку щодо забезпечення дитини житлом, харчуванням тощо необхідно виходити із загальних правил забезпечення житлом громадян (зокрема, що особи різної статі старше 9 років не повинні проживати в одній кімнаті). Одягом і харчуванням діти повинні бути забезпечені принаймні не гірше, ніж вони були б забезпечені в дитячих будинках чи інших державних закладах подібного типу. Створення дитині умов для навчання, фізичного та духовного розвитку. Ці умови повинні відповідати вимогам ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства»;

– патронатний вихователь не є ні опікуном, ні піклувальником. Але немає законодавчих перешкод для того, щоб він був призначений опікуном чи піклувальником у зв'язку з встановленням над дитиною опіки чи піклування;

– у зв'язку з тим, що патронатний вихователь виконує функції опікуна, піклувальника, йому на підставі ч. 4 ст. 249 СКУ, застосовуваної за аналогією, належать закріплені у ЦКУ цивільні права та обов'язки, пов'язані з вихованням дитини, переданої в його сім'ю;

– як опікун патронатний вихователь вчиняє правочини від імені та в інтересах дитини, взятої на виховання (ч. 3 ст. 67 ЦКУ) та здійснює управління її майном (ст. 72 ЦКУ). Як піклувальник патронатний вихователь дає згоду на вчинення дитиною правочинів, передбачених ч. 2 ст. 32 ЦКУ. Він, його дружина, чоловік і близькі родичі (батьки, діти, брати, сестри) не мають права укласти з дитиною, взятою на виховання, договорів, крім передачі їй майна у власність за договором дарування або у безоплатне користування за договором позички (ч. 1 ст. 68 ЦКУ);

– патронатний вихователь не має права від імені дитини, взятої на виховання, без дозволу органу опіки та піклування вчиняти правочини, передбачені ч. 1 ст. 71 ЦКУ [19];

– договір припиняється у разі смерті патронатного вихователя. Оскільки цей договір нерозривно пов'язаний з конкретною особою, він має особистий характер, тому правонаступництво тут неможливе. Якщо патронатним вихователем була записана у договорі лише дружина, а фактично обов'язки здійснювалися не лише нею, а й її чоловіком, смерть дружини не є підставою для припинення договору. Однак чоловікові доведеться зніціювати внесення до тексту договору відповідних змін, інакше він може зіткнутися з цілою низкою проблем;

– серед тих, кому надано право односторонньо відмовитися від договору, немає органу опіки та піклування. І це не випадково: дитина, взята у сім'ю, не може знову отримати статус позбавленої батьківського піклування.

Відповідно до підп. 1 ч. 1 ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПКУ) суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають зокрема із сімейних відносин [20]. Згідно ст. 1 СКУ завданням СКУ є визначення засад шлюбу, особистих немайнових та майнових прав та обов'язків подружжя, підстав виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав та обов'язків батьків і дітей, усиновлювачів та усиновлених, інших членів сім'ї та родичів [1]. Відповідно, з огляду на сімейну специфіку та суб'єктний склад правовідносин патронату, приходимо до висновку про віднесення спорів, що виникають з правовідносин патронату до категорії сімейних спорів.

Аналіз судових рішень, що винесені по справах з відносин патронату, свідчить, що таких спорів сьогодні дуже мало і загалом вони викликані порушенням умов договорів

про патронат над дітьми [22] або існування відносин патронату є фактичними обставинами на підтвердження підстав для позбавлення батьківських прав [23].

Однак з огляду на останні зміни чинного законодавства, кількість подружжя, бажаючих бути патронатними вихователями, стрімко зростає. Відповідно кількість спорів, що виникають з правовідносин патронату відповідно збільшиться. Це в свою чергу, викликає підвищення уваги до ефективності розгляду цієї категорії спорів.

З огляду на вищевикладене, приходимо до висновку, що спори, що можуть виникнути з правовідносин патронату, відносяться до категорії сімейних спорів та мають розглядатися суддями, які мають спеціальну сімейну спеціалізацію. Тільки у такий спосіб можна сприяти більш глибокому розумінню суддями суті справи, вірному встановленню фактичних обставин справи, ефективному детальному дослідженню та повній оцінці доказів, а відтак в цілому забезпеченню ефективності судового розгляду та винесення законних рішень у сімейних спорах, що виникають з правовідносин патронату.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
2. Доклад Н. Несмеянова о призрении детей на Всероссийском совещании 17–20 марта 1916 года по призрению детей в связи с войной. – <http://innewfamily.narod.ru/index.html>.
3. Чиганова С. Д., Шахов П. Г. Современный подход к решению проблемы устройства детей, оставшихся без попечения родителей. – <http://sibsocio.ru/ksa/deti.php>.
4. Назарова И. Б. Дети-сироты: характеристика проблемы последних лет// Россия: 10 лет реформ. Социально-демографическая ситуация / Под. ред. Н. М. Римашевской. – М.: РИЦ ИСЭПН. – 2002.
5. Зінченко А. Г. Досвід подолання дитячої безпритульності в Україні у 20-х роках. – К.: ТОВ «Міжнар. фін. агенція», 1998. – 35 с.
6. Козубовський В. В. Соціальний захист неповнолітніх у Великій Британії (порівняльний аналіз). – Ужгород: УжНУ, 2004. – 129 с.
7. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 532 с.
8. Сімейне право України: Підруч. / За ред. Ю.С. Червоного. – К.: Істина, 2004. – 400 с.
9. Сімейне право України: Підруч. / За ред. Голанчука В.С. – К.: Істина, 2002. – 304 с.
10. Карпенко О. Сімейні форми утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування: проблеми правового реформування // Право України. – 2001. – № 3. – С. 79-81.
11. Зілковська Л. М. Недоліки законодавства про патронат над дітьми та шляхи його вдосконалення // Держава і право. – К., 2007. – Вип. 38. – С. 381-389.
12. Мироненко В. Інститут патронату в сімейному праві України // Нотаріат для вас. – 2008. –

- № 6. – С. 43-46; В.П. Мироненко. Патронат як форма влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування / В. П. Мироненко // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2013. – №3. – С. 56-63.
13. Черновалюк Ю. Ю. Деякі проблемні питання щодо правового регулювання патронату за законодавством України / Ю. Черновалюк // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. – Одеса : Юрид. Літ., – 2009. – С. 121-128.
 14. Шаповал Л. Проблеми патронатного виховання й особливості влаштування вихованців дитячого будинку у патронатну сім'ю / Леся Шаповал // Підприємство, господарство і право. – 2013. № 1. – С. 31-33.
 15. Кодекс про шлюб та сім'ю України від 20.06.69 // Відомості Верховної Ради. – 1969. – №26. – ст. 204.
 16. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення соціального захисту дітей та підтримки сімей з дітьми» від 26.01.2016 року № 936-VIII. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
 17. Цивільне право України : [підручник] : [У 2 т.] / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. [За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – Кн. 1. – 864 с.
 18. Пчелинцева Л. М. Коментарій к Семейному кодексу Российской Федерации [3-е изд., перераб. и доп.] / Л. М. Пчелинцева – М., 2004. – 832 с.
 19. Цивільний кодекс України в редакції від 16 січня 2003 року. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
 20. Закон України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 № 2402-III. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
 21. Цивільно-процесуальний кодекс України. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
 22. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 24.02.2012 року. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27139404>.
 23. Рішення Дарницького районного суду м. Києва від 30 листопада 2015 року. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55038894>.

Гаро Анна Александровна
СПЕЦИФИКА РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ,
ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПАТРОНАТА

В статье освещаются вопросы правового регулирования патроната как категории семейно-правового института сквозь специфику рассмотрения споров, возникающих из правоотношений патроната. Автор рассматривает вопросы особенностей законодательного регулирования правоотношений патроната, анализирует возможные разновидности и порядок рассмотрения семейных споров, которые могут возникнуть из правоотношений патроната. Сделан вывод о специфике споров, которые могут возникнуть из договоров патроната и в связи с этим необходимость в специализации судей, которые будут рассматривать семейные споры, возникающие из правоотношений патроната.

Ключевые слова: патронат, охрана детства, семейный спор, семейно-правовой институт, специализация, судей, защита детей.

Garó Anna
SPECIFICITY OF RESOLUTION OF DISPUTES
ARISING FROM FOSTER CARE RELATIONS

The article highlights the issue of legal regulation of foster care as a category of Family Law Institute by resolving the disputes arising from foster care relationships. The author examines the specificity of legislative regulation of foster care relationships, and analyzes possible types of family disputes, which may arise from foster care relationships, and the procedure of their resolution. The conclusion is made about the specificity of the disputes, which may arise from foster care contracts and, therefore, the need for the judges specialized in settling family disputes arising from foster care relationships.

Keywords: foster care, child protection, family dispute, Family Law Institute, judges specialized in, protection of children.

Karolina Ziemianin
 Assistant Department of Civil Procedure
 Faculty of Law and Administration
 University of Szczecin
 Poland

POLISH MODEL OF THE ELECTRONIC PROTOCOL

The subject of the considerations contained in the article is the electronic protocol in the Polish legal system. It was introduced in year 2010 as a new way of recording the open hearings of the court. The electronic protocol is prepared in every court which provides a suitable technical equipment. A special

value of this protocol is an exact reflection of the sittings of court. The base of analysis in this article is, however, the protocol of a court hearing made in a traditional written form, because the Polish legislator did not give up this form, despite the introduction of the e-protocol.

Keywords: *electronic protocol, e-protocol, written protocol, court.*

1. Introductory remarks

The changes made in Polish civil procedure in recent years are associated with the development of modern technologies. One of the most important changes was the introduction in 2010 of a new way of recording the course of an open hearing of the court, the so-called electronic protocol (known as the e-protocol).

The electronic protocol is a digital recording of sound or image and sound. It preserves the course of a hearing with the system of microphones or microphones and cameras on a computer storage medium. Technical aspects of the use of the e-protocol are contained in the Regulation of the Minister of Justice. The first regulation on the matter was issued in 2011 [1]. From this point, it was possible to use the electronic protocol in practice. Currently the Regulation of the Minister of Justice of 2 March 2015 applies to this matter [2].

According to the Art. 157 of the Polish Code of Civil Procedure [3] a court recorder prepares a protocol of the course of an open sitting. In its content the course of the sitting is preserved by devices used for recording of sound or image and sound, as well as in writing (§ 1). If for any technical reasons the preservation of the course of the sitting by devices used for recording of sound or image and sound is not possible, the protocol is made in writing only (§ 1¹). The correctness of the protocol is controlled by the chairman (§ 1 and 1¹).

Currently, technical equipment suitable for the preparation of the electronic protocol is present in 2 267 courtrooms in 239 courts, including 11 courts of appeal, 45 regional and 183 district courts [4]. Until 20 October 2015 a total of 1 400 000 sittings have been recorded. The project of implementation of the e-protocol to the judiciary in the coming years will include the remaining common courts in Poland.

The basis of considerations on the electronic protocol is a protocol prepared in the traditional written form. The Polish legislator did not give up this form, despite the introduction of the e-protocol. The written protocol is prepared together with the electronic protocol in the courts, which are equipped with necessary equipment, while in other courts it is the sole record of the open sitting. The main subject of the analysis contained in this article are the provisions of the Polish Code of Civil Procedure in their present form, and after the changes introduced by the Act of 10 July 2015, which enters into force on 8 September 2016 [5].

2. Protocol in the traditional sense

In traditional sense, the protocol has a written form. It is prepared by a court recorder under the direction of the chairman. The most common method of writing the protocol is dictating its content by the chairman. For this purpose the chairman interrupts the parties' statements, while sometimes shortening and modifying them. This method is referred to as a reassumption method. Another way of preparing the protocol is based

on an individual writing down of its contents by the court recorder. The role of the chairman is limited to the regular control of the protocol and implementation of amendments, if such are needed. This method sometimes requires the modification of the statements of the parties and other people involved in the proceedings. It is called a chronological method.

In the light of the provisions of CCP if during the course of an open sitting an electronic protocol is done, a written protocol, created in conjunction with the e-protocol, is prepared in a shortened form (Art. 158 § 1 CCP). However, if the course of the court sitting is preserved with a written protocol only, the protocol also contains additional information (Art. 158 § 2 CCP).

In accordance with Art. 158 § 1 CCP, every written protocol includes inter alia the name of the court, places and dates of the sittings, the names of the judges, the court recorder, the prosecutor, the parties, the interveners, as well as the statutory representatives and proxies present at the meeting, case number and transparency reference, information on orders and decisions issued at the meeting, the activities of the parties affecting the outcome of the case (settlement, waiving a claim, admission of the claim, revocation, modification, extension or reduction of the claim). If the preparation of the separate conclusion of the judgment is not required, it is sufficient to include in the protocol the content of the settlement. Actions that require a signature of a party can be placed in a separate document, which is part of the protocol.

However, in the light of Art. 158 § 2 CCP, if for any technical reasons it is not possible to prepare an electronic protocol, a written protocol also includes conclusions and statements of parties, as well as provided instructions, and results of evidentiary proceedings and other circumstances relevant for the course of the sitting. Instead of conclusions and statements, the protocol can refer to the preparatory documents.

Adjusting the content of the written protocol to the requirements of a particular case was allowed in August 2014. At that time Art. 158 § 1¹ CCP was added, according to which a written protocol drawn up in conjunction with an electronic protocol may contain conclusions and statements of parties, a summary of the results of the evidentiary proceedings and other circumstances relevant for the course of the sitting. Instead of conclusions and statements, the protocol can refer to the preparatory documents. In the light of this provision a sitting of the court results, in fact, in two protocols containing a full reflection of the course of the sitting: an electronic protocol and a written protocol. The written protocol repeats information contained in the electronic version of the protocol.

The Act of 10 July 2015 changed the wording of Art. 158 § 1 and 1¹ CCP. A summary of the results of evidentiary proceedings was added as

a mandatory element of each electronic protocol. The use of the term «summary» means that the protocol should include only minimum information on the evidentiary proceedings [6]. There is no doubt, however, that the content of a written protocol has been significantly expanded.

In accordance with the provisions of CCP, the protocol, which is not a correct reflection of the proceedings may be supplemented or corrected at the request of the parties (Art. 160 § 1 CCP). Supplementing a written protocol means adding information to its content, while correcting – changing or removing certain information contained in the protocol.

An important institution in terms of the effects of the proceedings is the possibility of raising objections to the protocol by the party. According to Art. 162 CCP, parties may in the course of the sitting, and if they were not present at the next meeting, draw attention of the court to the failure to comply with the procedural provisions by raising an objection to the protocol. The party, which did not raise any objection, is not entitled to refer to such shortcomings in the further course of the proceedings, unless they concern the procedural provisions, the violation of which the court should take into consideration *ex officio*, or if the party proves that the lack of objection was not deliberate.

3. Protocol in the electronic sense

The preparation of an electronic protocol from the course of an open sitting is mandatory if technical conditions allow it. To record the sitting in electronic form it is required that the courtroom was equipped with a system of microphones and cameras as well as computers with the software needed to capture sound and image on a computer storage medium.

The preparation of an electronic protocol is independent from the actions of the chairman and the court recorder. Their role is limited to checking the accuracy of the recording. The electronic protocol is signed by the court recorder. CCP requires the use of an electronic signature which guarantees the identification of the court recorder and the recognition of any subsequent changes in the protocol (Art. 158 § 3, first sentence CCP). The use of such a signature is to provide safety of the computer storage medium which contains the e-protocol against any unauthorized access by third parties.

The advantages of such method of preparation of the protocol contributed in the introduction of an electronic protocol to the Polish civil procedure. Among them, it is especially important that the e-protocol is a faithful reflection of the course of an open sitting. This brings many facilities for the court, as well as for the parties. First of all, the literature emphasizes that the use of an electronic protocol reduces the time of the sitting. There is no need for the chairman to interrupt the speech of the parties in order to dictate the information to the protocol. This in turn increases the effectiveness of the procedure. The court and the parties can focus on the actions carried out during the proceedings without unnecessary, distracting interruptions.

The main advantage of an electronic protocol is also its positive impact on the transparency of the proceedings. This in particular, concerns the transparency towards the parties and other participants in the proceedings (i.e. external transparency), mainly because the protocol is a part of the case files. In the light of Art. 9 CCP those files are available for the participants in the proceedings. They have the right to view them and receive copies of them, as well as and extracts. The content of the protocols and the documents can be shared in an electronic form through information and communication system (§ 1). The parties and the participants in the proceedings have the right to receive from the files the sound recordings or image and sounds recordings, unless the protocol has been prepared in written form only. The chairman releases the sound recording, if the release of the image and sound recording is in opposition to an important public or private interest (§ 2). If the sitting is held behind closed doors, the parties and the participants will have the right to receive from the files only sound recordings (§ 3).

With the e-protocol, the parties can thus refer to the full, not affected in any way course of the sittings. This also applies to the results of evidentiary proceedings conducted at the sitting. The electronic protocol is therefore a reliable source of information about the proceedings. It also implements the principle of transparency of court proceedings. In light of this principle the party should be able to get acquainted with the circumstances justifying the decision of the court. When it comes to the written protocol, the transparency of the procedure was limited. The party could, for example, read only brief and summarized testimony of witnesses. As a consequence of this, the scope of the information has been limited. These problems have been solved by the use of an e-protocol.

The above advantages have an effect on the conduct of the proceedings before the court of second instance. The court has the possibility to directly get acquainted with the course of the hearing before the court of the first instance by tracing the image and sound recording. This in turn causes that the verification of the claims of the parties in relation to the proceedings is facilitated. The court of second instance can therefore objectively assess the previous proceedings [7].

The advantage of using an electronic protocol is also forcing the court and the parties to act in accordance with the law and with morality. This is conducive to increasing the level of culture in the courtroom, as any abnormal behaviour of the parties can be recorded and form the basis of further consequences (e.g. disciplinary).

The practical use of an electronic protocol has been facilitated by the creation of Information Portal of Common Courts. The access to the Portal is possible through the websites of the various common courts in Poland. According to § 106 of the Rules concerning the operation of those courts [8] the president of the court may order the disclosure of data about the case, content of the protocols and judicial and procedural documents

to the parties or participants in the non judicial proceedings as well as to their representatives or proxies through the accounts in the IT system.

In the Information Portal authorized persons (among other: parties and their proxies) can become familiar with the protocols from the sittings in particular cases, information about the state of a case, dates of sittings and documents sent by the court. In order to gain the access to this information it is necessary to create an account protected by a password. The creation of such an account in the Information Portal is free and voluntary. Using it is possible twenty four hours a day, seven days a week. If the authorized person does not have an account in the Portal, the aforementioned information may be accessed in the building of the court in its office hours. Using the Information Portal is therefore an important facilitation. The doctrine also emphasizes that it lowers the cost of litigation. The party does not have to appear in person in the court to read the case files.

The electronic protocol has some drawbacks also. These include the difficulty with the use of the e-protocol. Professional proxies emphasize that the use of the electronic protocol, in particular containing only sound is time-consuming, and determining who is the speaker – sometimes impossible.

What improves the use of the electronic protocol is the transcription of sound or image recordings. If it is necessary to ensure proper adjudication of the case, the president may order a transcription of a relevant part of the protocol recorded with a device allowing for recording sound or image and sound (Art. 158 § 4 CCP).

The prior legal status stated that the president of the court was the only person allowed to order the transcription. They did this on the request of the chairman. Prepared transcription became an annex to the protocol, and was therefore a part of the protocol of the court sitting (cf. Art. 161 CCP). Art. 158 § 4 CCP has been in force in the present form since 27 October 2014 [9]. In the light of the new wording of this provision preparing transcriptions of electronic protocols is facilitated, because the decision is made by the chairman. The basis for such a decision is a necessity for proper adjudication of the case. The transcription is no longer annexed to the protocol, so it is not a part of it.

The details of transcribing are contained in the Rules concerning the operation of the common courts. Transcription is carried out by the employees of the court (§ 93 paragraph 3 of the Rules). The Chairman of the meeting, by ordering the preparation of the transcription should indicate the fragment of the protocol which should be transcribed and the expected date of completing the transcription (§ 93 paragraph 2 of the Rules).

The literal wording of Art. 158 § 4 CCP shows that the transcription may include only part of the protocol. Despite this, there is a view in the doctrine, according to which the transcription made under this provision may include all records contained in the electronic protocol. This position, though disputed on the basis of a literal

interpretation of Article. 158 § 4 of the Code of Civil Procedure is right. It cannot be ruled out that in exceptional circumstances necessary for proper adjudication on the preparation will be transcribed the entire electronic minutes.

However, some doubts are raised by the premise of preparation of the transcription, namely the necessity of proper adjudication. It seems that on this basis, transcripts can be created in situations where the court has difficulty in using the protocol containing image and sound recording. On the other hand, this premise does not apply to problems in the use of this protocol by the parties and other participants in the proceedings. It would be deliberate to change the provision by including other causes of preparation of the transcription. Among them, a very important premise should be considered, which is facilitation of the access to the state of the case.

In the future, a change of the method of transcription may also be justified. The development of technology causes that it seems possible to prepare a transcription automatically through programs created for that purpose, and not by the employees of the court. Such a solution would relieve court employees, who would only watch over the correctness of transcription. It would also allow for transcription of a larger number of cases.

Some doubts are also raised by other provisions on the electronic protocol. The legislator did not foresee the implications for the course of the proceedings of the anomalies in the sound or image and sound recordings which create the e-protocol. In the current legal state, it is also problematic to determine the status of the transcription of the recording of the open sitting.

These issues were the subject of the decision of the Supreme Court. In its resolution of 23 March 2016, Ref. III CZP 102/15, it ruled that if the protocol drawn up by means of the sound or image and sound recording does not allow in the part covering evidence activity to determine its content, the court repeats this action to a proper extent (Art. 241 CCP). However, according to the Court the transcription of the protocol prepared by means of a sound or image and sound recording it is not an official document and does not constitute the basis of the factual findings.

In the light of the current provisions of the Code of Civil Procedure, the decision seems right. However, it does not dispel all doubts concerning the applicability of the e-protocol in practice. In fact, the application of the provisions according to the resolution proposed by the Supreme Court may in some cases lead to the prolongation of the proceedings. Therefore, it would be contrary to one of the fundamental objectives of the introduction of the e-protocol, which is the acceleration of judicial proceedings. It seems, therefore, that the provisions in this regard require some changes.

In accordance with Art. 160 § 2 CCP the electronic protocol is not a subject to correction. For its essence, it allows for the restoration of full course of the sitting. This therefore excludes the necessity to change, omit or delete its fragments. In contrast, the legislature did not rule out the

possibility of supplementing the protocol. This should be done by adding the omitted part to the protocol. This necessity may occur in case of errors in the recording of the sound or image and sound (e.g. a break in the record) [10]. However, this matter is controversial in the doctrine [11].

4. Final remarks

The electronic protocol is now an integral part of civil procedure. It is commonly used in the practice of courts in Poland. It should be assessed positively. A special value of this protocol is an exact reflection of the sittings of court. This corresponds to the demands of the society and has a beneficial effect on the course of civil proceedings.

Ensuring the correctness of the use of the electronic protocol still requires some changes. First of all it is necessary to equip all courts in the system of technical devices allowing recording the image and sound of the sitting. In addition, legislative solutions relating to e-protocol require certain modifications. Any changes should be aimed at ensuring the correct use of the electronic protocol and its objectives. Particular attention should be paid to the speed of the proceedings.

REFERENCES:

1. Regulation of the Minister of Justice of 10 August 2011 on recording of sound or image and sound of the course of an open hearing (Journal of Laws, No. 175, item 1046), (Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 10 sierpnia 2011 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego (Dz.U. Nr 175, poz. 1046)).
2. Regulation of the Minister of Justice of 2 March 2015 on recording of sound or image and sound of the course of an open hearing in civil proceedings (Journal of Laws, item 359), (Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 marca 2015 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego w postępowaniu cywilnym (Dz.U. poz. 359)).
3. Act of 17 November 1964 – the Code of Civil Procedure, (Journal of Laws 2014, item 101 as amended), hereinafter referred to as CCP, (Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.)).
4. <https://www.ms.gov.pl/pl/sady-w-internecie/e-protokol/>, access 20 May 2016.
5. Act of 10 July 2015 on amending the act – the Civil Code, the act – The code of Civil Procedure and some other acts (Journal of Law, item 1311 as amended), (Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1311 ze zm.)).
6. A. Zalesińska, *Komentarz do art. 158 KPC*, [in:] J. Gołaczyński, D. Szostek (eds.) *Informatyzacja postępowania cywilnego*, Warszawa 2016, p. 171.
7. G. Karaś, *Protokół elektroniczny – osiągnięte rezultaty i postulaty de lege ferenda*, [in:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (eds.) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka*, Warszawa 2016, p. 75.
8. Regulation of the Minister of Justice of 23 December 2015 – Rules concerning the operation of the common courts (Journal of Laws, item 2316), (Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 2316)).
9. Act of 29 August 2014 on amending the act – the Code of Civil Procedure and the act on court costs in civil cases (Journal of Laws, item 1296), (Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. poz. 1296)).
10. Justification of the act on amending the act – the Code of Civil Procedure, the Sejm VI Term, Sejm form No. 2870. The act was passed on 29 April 2010 (Journal of Laws No. 108, item 684).
11. E. Stefańska, *Komentarz do art. 160 KPC*, [in:] M. Manowska (ed.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Vol. I, Warszawa 2015.

Кароліна Землянин ПОЛЬСЬКА МОДЕЛЬ ЕЛЕКТРОННОГО ПРОТОКОЛУ

В даній статті предметом розгляду є електронний протокол польської правової системи. Він був введений в 2010 році як новий спосіб запису відкритого судового слухання. Електронний протокол підготовлений в кожному суді, який забезпечує відповідну технічним обладнанням. Особливе значення цього протоколу полягає в точному відображенні засідань суду. Основою аналізу в цій статті, є протокол судового засідання зроблений в традиційній письмовій формі, тому що польський законодавець не відмовився від цієї форми, незважаючи на введення електронного протоколу.

Ключові слова: електронний протокол, письмовий протокол, суд.

Каролина Землянин ПОЛЬСКАЯ МОДЕЛЬ ЭЛЕКТРОННОГО ПРОТОКОЛА

В данной статье предметом рассмотрения является электронный протокол польской правовой системы. Он был введен в 2010 году как новый способ записи открытого судебного слушания. Электронный протокол изготавливается в каждом суде, который обеспечен соответствующим техническим оборудованием. Особое значение этого протокола заключается в том, что он отображает заседание суда. Основой анализа в этой статье, однако является протокол судебного заседания, сделанные в традиционной письменной форме, так как польский законодатель не отказался от этой формы, несмотря на введение электронного протокола.

Ключевые слова: электронный протокол, письменный протокол, суд.

Кухарев Олександр Євгенович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

УДК 347.652.4

ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ВИЗНАННЯ СПАДЩИНИ ВІДУМЕРЛОЮ

Стаття присвячена з'ясуванню процесуальних особливостей розгляду судами справ про визнання спадщини відумерлою. Визначаються підстави набуття територіальною громадою права власності на відумерле майно. Особливо увага приділяється здійсненню спадкоємцем права на вилучення майна, визнаного відумерлим, або його грошової компенсації, у територіальній громаді.

Ключові слова: окреме провадження, відумерле майно, спадщина, спадкодавець, спадкоємець

Цивільні справи про визнання спадщини відумерлою посідають провідне місце в загальній кількості справ, що вирішуються судами в порядку цивільного судочинства. Складність справ цієї категорії пояснюється передусім тривалим характером відповідних правовідносин, адже часова відстань між смертю власника майна до моменту звернення до суду в окремих випадках може сягати десятки років. Згідно зі ст. 1277 ЦК у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини зобов'язаний подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою. Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини.

Відносини, що виникають у зв'язку із визнанням спадщини відумерлою, були предметом наукових досліджень як цивілістів, так і процесуалістів, зокрема, С. Я. Фурси, С. С. Бичкової, Ю. О. Заїки, М. М. Ясинка, Є. І. Фурси, Є. О. Рябокоча, О. О. Первомайського, О. В. Розгон, І. В. Болочан. Проте залишається низка спірних питань, пов'язаних із підставами визнання спадщини відумерлою, предметом доказування, дією законодавства у часі, а також поверненням спадкоємцеві, який пропустив строк для прийняття спадщини, відумерлого майна. Відтак **метою** даної статті є з'ясування процесуальних особливостей розгляду судом справ про визнання спадщини відумерлою на підставі аналізу правової доктрини та судової практики.

Зміст ст. 1277 ЦК дозволяє виділити такі підстави визнання спадщини відумерлою є: 1) відсутність спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмова від її прийняття; 2) сплив одного року з часу відкриття спадщини; 3) звернення органу місцевого самоврядування до суду з відповідною заявою.

І. В. Болочан між цими підставами ставить сполучник «але», тобто вважається, що має існувати принаймні одна з них [1, с. 131]. Утім, для переходу права власності на спадкове майно до територіальної громади необ-

хідною є саме сукупність наведених вище підстав, що утворює юридичний склад. Відсутність хоча в однієї з них перешкоджає визнанню спадщини відумерлою. Наприклад, за приписами ст. 276 ЦПК суд відмовляє в прийнятті заяви про визнання спадщини відумерлою, якщо орган місцевого самоврядування подасть заяву до закінчення одного року з часу відкриття спадщини. За наявності спадкоємців, які прийняли спадщину у строк та в спосіб, визначені законом, право власності на спадкове майно переходить до них, що аналогічно робить неможливим визнання такого майна відумерлим.

Справи про визнання спадщини відумерлою розглядаються за правилами окремого провадження в порядку цивільного судочинства. Заява про визнання спадщини відумерлою подається до суду органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини (ст. 274 ЦПК). Предметом судової діяльності у даній категорії справ є встановлення передбачених законом підстав для визнання спадщини відумерлою.

Згідно зі ст. 275 ЦПК у заяві про визнання спадщини відумерлою повинно бути наведено відомості про час і місце відкриття спадщини, про майно, що становить спадщину, а також докази, які свідчать про належність цього майна спадкодавцю, про відсутність спадкоємців за заповітом і за законом, або про усунення їх від права на спадкування, або про неприйняття ними спадщини, або про відмову від її прийняття. Як зазначає М. М. Ясинок, якщо питання стосовно відсутності спадкоємців за заповітом або про усунення їх від права на спадкування або про відмову від прийняття спадщини можна перевірити через органи нотаріату, то питання щодо кількості спадкоємців за законом чи спадкоємців, які не прийняли спадщини, є складним, адже його перевірка потребує як певного часу, так і фінансових витрат щодо розшуку таких осіб, адже останні відповідно до ч. 3 ст. 1272 ЦК мають право звернутися до суду щодо надання додаткового строку, достатнього для подання заяви нотаріусу про прийняття спадщини [2, с. 224].

До предмета доказування у справі про визнання спадщини відумерлою належать обставини, які стосуються наявності спадкового

майна, часу відкриття спадщини, відсутності спадкоємців, а також обставини щодо прийняття спадщини або відмови від її прийняття. Факт користування майном, яке входить до складу спадщини, іншими особами без встановлення факту, що вони є спадкоємцями, не може бути підставою для відмови у визнанні спадщини відумерлої.

Факти, що входять до предмету доказування, можуть бути встановлені передусім шляхом дослідження матеріалів спадкової справи за умови, якщо спадкову справу було заведено після смерті спадкодавця. За відсутності спадкової справи суд витребує витяг із Спадкового реєстру з інформацією про відсутність такої спадкової справи або місце її заведення.

Є всі підстави погодитися із Л. В. Козловською, що у заяві про визнання спадщини відумерлою не можуть ставитися вимоги позовного характеру. Зокрема, помилковим буде просити суд визнати право власності на спадщину, стосовно якої відсутні спадкоємці [3, с. 79]. Розглядаючи відповідну заяву, суд лише визнає спадщину відумерлою, констатуючи тим самим юридичний факт відсутності спадкоємців, а також сплив строку, встановленого ЦК для прийняття спадщини. Набуття права власності територіальною громадою на відумерле майно відбувається «автоматично» на підставі судового рішення. Якщо ж розглядати вимогу про визнання права власності, то має місце пред'явлення не заяви, а позову, причому майнового характеру, оскільки процесуальним законом не передбачено розгляд заяв про визнання права власності в порядку окремого провадження.

В юридичній літературі з цього приводу справедливо відзначається, що передумовою набуття територіальною громадою права власності є визнання спадщини відумерлою у судовому порядку [4, с. 572].

Заявником по даній категорії справ виступає орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Такими органами згідно зі ст. 10, 11 Закону України «Про місцеве самоврядування» є сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи.

Окремими дослідниками висловлюється позиція про виключний характер кола суб'єктів, які мають право звернутися до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою. У зв'язку з цим робиться висновок про помилковість судової практики, коли суди розглядають досліджувані справи за заявою прокурора в інтересах територіальної громади [5, с. 240, 241].

Утім, наведена точка зору видається спірною. Відповідно до ст. 121 Конституції України на органи прокуратури покладено представництво інтересів держави. Як зазначено у ст. 2 Закону України «Про прокуратуру» до функцій прокуратури належить, серед іншого, представництво інтересів держави в суді. Під час здійснення представництва інтересів держави прокурор має право в порядку, передбаченому процесуальним законом, звертатися

до суду з позовом, заявою, поданням (ст. 23 Закону України «Про прокуратуру»).

Рішенням Конституційного Суду України від 08.04.1999 №3-рп/99 (справа про представництво прокуратури України інтересів держави в арбітражному процесі) визначено, що під поняттям «орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах» слід розуміти орган державної влади чи орган місцевого самоврядування, якому законом надано повноваження органа виконавчої влади. Питання, що ставиться прокурором у заяві про визнання спадщини відумерлою, належить до повноважень органу місцевого самоврядування як органа виконавчої влади.

Причому інші органи публічного права не мають права звертатися до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою. Відтак, правильною видається позиція тих судів, які відмовляють іншим суб'єктам, зокрема, податковим інспекціям, у задоволенні заяв про визнання спадщини відумерлою. Зокрема, Індустріальний районний суд м. Дніпропетровська відмовив Лівобережній міжрайонній державній податковій інспекції м. Дніпропетровська в задоволенні заяви про визнання спадщини відумерлою на тій підставі, що податкова інспекція у досліджуваних правовідносинах є неналежним заявником [7].

За правилом ст. 277 ЦПК справа про визнання спадщини відумерлою розглядається судом з обов'язковою участю заявника та з обов'язковим повідомленням усіх заінтересованих осіб. Враховуючи наведене суд, маючи відомості про наявність спадкоємців за заповітом або за законом, повинен залучити їх до участі у справі як заінтересованих осіб. Так, скасовуючи рішення районного та апеляційного судів про визнання спадщини відумерлою, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ зазначив, що суд належним чином не перевіряв відсутність спадкоємців за заповітом і за законом, та, маючи відомості про наявність спадкоємців у померлої, не вирішив питання про залучення до участі у справі заінтересованої особи – сина спадкодавця, на користь якого було складено заповіт [6].

Отже, суд має виявити всіх заінтересованих осіб та повідомити їх про час та місце розгляду справи. Заінтересованими є особи, на права і обов'язки яких може вплинути рішення у справі: співвласники спадкового майна, відказоодержувачі, сервітуарії, кредитори та боржники спадкодавця, особи, які претендують на речі, що знаходилися у спадкодавця на праві користування, володіння тощо. При цьому нотаріуси не є заінтересованими особами та не повинні залучатися до участі у справі (п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7).

Одним із складних питань судової практики при розгляді справ, що виникають із спадкових правовідносин, є дія закону у часі. Згідно з п. 5 Прикінцевих та перехідних

положень ЦК правила кн. 6 ЦК застосовуються також до спадщини, яка відкрилася, але не була прийнята ніким із спадкоємців до набрання чинності ЦК. Правила ст. 1277 ЦК про відумерле майно застосовуються до спадщини, від дня відкриття якої до набрання чинності ЦК сплило не менше одного року.

У п. 1 листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування» від 16.05.2013 р. № 24-753/0/4-13 зазначається, що правила абз. 2 п. 5 Прикінцевих та перехідних положень ЦК слід застосовувати, якщо спадщина відкрилась після 01.07.2003 р., проте не була прийнята ніким зі спадкоємців, що мають право спадкування відповідно до норм ЦК УРСР. Таким чином, вплив однорічного строку, встановленого ч. 2 ст. 1277 ЦК та абз. 2 п. 5 Прикінцевих та перехідних положень ЦК, може підлягати обчисленню, починаючи не раніше 01.07.2003 р. Позови органів прокуратури в інтересах держави про передачу спадкового майна у власність держави щодо спадщини, яка відкрилась у період після 01.01.2003 р. до 01.07.2003 р., підлягають задоволенню відповідно до встановлених судом обставин справи.

Питання застосування положень ст. 1277 ЦК у часі є вкрай актуальним, адже до набрання чинності ЦК діяв інший механізм набуття права власності на спадкове майно державою. Так, у ЦК УРСР 1963 р., що втратив чинність, взагалі не було передбачено визнання спадщини відумерлою. Відповідно до ст. 555 ЦК УРСР 1963 р. спадкове майно за правом спадкоємства переходить до держави: 1) якщо спадкодавець все майно або частину його заповідав державі; 2) якщо у спадкодавця немає спадкоємців ні за законом, ні за заповітом; 3) якщо всі спадкоємці відмовились від спадщини; 4) якщо всі спадкоємці позбавлені права спадкування; 5) якщо ні один із спадкоємців не прийняв спадщини.

Як свідчить судова практика, суди не завжди правильно застосовують ст. 1277 ЦК. Зокрема, рішенням Валківського районного суду Харківської області від 04.03.2011 р. визнано відумерлим та передано у власність територіальної громади майно особи, померлої у травні 1990 р. [8]; Пологівський районний суд Запорізької області визнав відумерлою спадщину, що відкрилася у 1991 р. [9].

Судова палата в цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, скасовуючи рішення Василівського районного суду Запорізької області від 07.10.2011 р. і рішення апеляційного суду Запорізької області від 07.05.2012 р. та відмовляючи в задоволенні заяви про визнання спадщини відумерлою, в своїй ухвалі від 25.07.2012 р. зазначила, що положення ст. 1277 ЦК застосовується лише до спадкоємців, в яких право на спадкування виникло з набранням чинності ЦК – з 01.01.2004 р. У разі відкриття спадщини до 01.01.2004 р. застосовується чинне на той час

законодавство, зокрема відповідні правила ЦК УРСР 1963 р. [10].

Слід вказати, що актуальним у правозастосовній практиці залишається питання з'явлення спадкоємців після набуття права власності на спадкове майно територіальною громадою. Як зазначено в ч. 2 ст. 1280 ЦК, якщо майно, на яке претендує спадкоємець, що пропустив строк для прийняття спадщини, перейшло як відумерле до територіальної громади і збереглося, спадкоємець має право вимагати його передання в натурі. У разі його продажу спадкоємець має право на грошову компенсацію.

Судова практика з цього питання доволі суперечлива. Так, в одних випадках суди відмовляють у задоволенні позову про повернення спадкоємцеві майна, визнаного відумерлим, у зв'язку з тим, що на час розгляду справи рішення суду про визнання спадщини відумерлою не скасовано, право власності територіальної громади на нерухоме майно не оспорено, а відтак відсутні підстави для визнання права власності на спірне майно за позивачем [11], [12]. В інших випадках суди задовольняють позови спадкоємців, не вимагаючи попереднього скасування рішення про визнання спадщини відумерлою [13], [14].

На нашу думку для повернення визнаного відумерлим майна в порядку ч. 2 ст. 1280 ЦК не вимагається скасування судового рішення про визнання спадщини відумерлою. Зазначене право як раз і реалізується спадкоємцем у зв'язку із набуттям територіальною громадою права власності на спірне майно. Внаслідок скасування рішення суду про визнання спадщини відумерлою відпаде правова підстава набуття територіальною громадою права власності на спадщину. А відтак, повернення такого майна відбудеться в порядку повороту виконання судового рішення, а не на підставі окремого рішення про витребування спірного майна. Якщо ж у досліджуваних правовідносинах застосувати механізм повороту виконання судових рішень, то постане цілком логічне питання – а кому повертати спадкове майно, власника якого вже немає серед живих тривалий час?

Частина 1 ст. 1280 ЦК, що регулює порядок перерозподілу спадщини між спадкоємцями визначає, що спадкоємець має прийняти спадщину на підставі ч. 2 і ч. 3 ст. 1272 ЦК. Мова йде про визначення спадкоємцеві додаткового строку, достатнього для подання заяви про прийняття спадщини, на підставі згоди спадкоємців або рішення суду. А тому вимагати здійснення перерозподілу може лише той спадкоємець, який прийняв спадщину після спливу встановленого законом строку. У свою чергу, у ч. 2 ст. 1280 ЦК не міститься посилань на ч. 2 і ч. 3 ст. 1272 ЦК.

Зміст ч. 2 ст. 1280 ЦК зумовлює, у свою чергу, неоднаковість судової практики. Зокрема, одні суди задовольняють позови спадкоємців про передання в натурі відумерлої спадщини за умови, що спадкоємцеві визначено додатковий строк для подання заяви про

прийняття спадщини рішенням суду [15], інші – не вимагають попередньо приймати спадщину [16], [17].

В цьому аспекті справедливою видається позиція Л. Є. Гузя [18, с. 629–631] та Л. К. Буркацького [19, с. 229], які стверджують, що умовою для передання спадкоємцеві в натурі майна, визнаного відумерлим, або грошової компенсації, є продовження строку для прийняття спадщини. Враховуючи структурне розміщення норми, що регулює відносини з передачі спадкоємцю майна, визнаного відумерлим, або його грошової компенсації, вважаємо правильним застосування за аналогією правила ч. 1 ст. 1280 ЦК, відповідно до якого звернутися з таким позовом може спадкоємець, який прийняв спадщину. Причому в даному випадку йдеться також про малолітніх, неповнолітніх, недієздатних та обмежено дієздатних спадкоємців, які в силу ст. 1268 ЦК вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків відмови від неї.

Слід звернути увагу, що у ч. 2 ст. 1280 ЦК окреслені лише два випадки пред'явлення вимог спадкоємця до територіальної громади – 1) майно перебуває у власності територіальної громади і збереглося в натурі; 2) продаж територіальною громадою цього майна третій особі. Буквальне тлумачення наведеної норми дозволяє дійти висновку, що у разі безоплатної передачі територіальною громадою відумерлого майна у власність іншої особи, спадкоємець позбавлений права вимагати повернення такого майна. Відсутнє в такому випадку у нього і право вимагати грошової компенсації у зв'язку із відсутністю продажу спірного майна. Це може мати місце, наприклад, при безоплатній передачі у власність шляхом приватизації. Зокрема, апеляційним судом було скасовано рішення суду першої інстанції на тій підставі, що спірне майно було передано безоплатно у власність (шляхом приватизації) іншим особам. Спадкове майно до пред'явлення позивачем позову до суду вибуло із законного володіння територіальної громади, а отже, у неї не збереглося. За таких підстав в задоволенні позову про передання в натурі спадщини, визнаній відумерлою, було відмовлено [20].

Проведене у межах даної статті дослідження дозволяє зробити наступні **ВИСНОВКИ**. Підставою для визнання спадщини відумерлою є юридичний склад, що komponується з таких елементів: відсутність спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмова від її прийняття; сплив одного року з часу відкриття спадщини; звернення органу місцевого самоврядування до суду із відповідною заявою. Заявником по даній категорії справ виступає як орган місцевого самоврядування, так і прокурор. До предмета доказування належать обставини, що стосуються наявності спадкового майна, часу відкриття спадщини, відсутності спадкоємців, а також обставини щодо прийняття ними спадщини або відмови від її прийняття. Такі обставини

можуть бути з'ясовані шляхом дослідження документів, що містяться у спадковій справі. Для витребування спадщини, визнаній відумерлою або її грошової компенсації, спадкоємець не повинен попередньо звертатися до суду з позовом про скасування рішення, яким спадщину визнано відумерлою, проте має прийняти спадщину після спливу встановленого законом строку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Болокан І. В. Правове регулювання особливостей розгляду судами справ про визнання спадщини відумерлою / І. В. Болокан // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2010. – № 2. – С. 130–135.
2. Ясинок М. М. Особливості окремого провадження в цивільному процесуальному праві України (теоретико-правовий аспект) : Монографія / М. М. Ясинок. – К. : Алерта, 2014. – 352 с.
3. Козловська Л. В. Захист спадкових прав судом у окремому провадженні / Л. В. Козловська // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 4. – С. 74–83.
4. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – К. : Атіка, 2008. – 840 с.
5. Комаров В. В. Окреме провадження : монографія / В. В. Комаров, Г. О. Світлична, І. В. Удальцова; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – 312 с.
6. Рішення Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 27.02.2007 по справі № 2-о-14/07 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/610094>
7. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14.03.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/22463541>
8. Рішенням Валківського районного суду Харківської області від 04.03.2011 у справі № 2006/2-135/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14740110>
9. Рішення Пологицького районного суду Запорізької області від 13.05.2011 у справі № 2 «о»-34/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15438849>
10. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25.07.2012 у справі № 6-23794св12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/25586907>
11. Рішення Кіцманського районного суду Чернівецької області від 27.04.2015 у справі №718/123/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43953465>
12. Рішення Козельщинського районного суду Полтавської області від 25.05.2012 у справі № 1611/305/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24644561>
13. Рішення Бериславського районного суду Херсонської області від 06.05.2010 у справі № 2-367/10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9717198>

14. Рішення Ульяновського районного суду Кіровоградської області від 03.06.2015 у справі № 402/633/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46093853>
15. Рішення Кіцманського районного суду Чернівецької області від 22.01.2016 у справі № 718/2527/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55233328>
16. Рішення Новосанжарського районного суду Полтавської області від 28.09.2015 у справі № 542/893/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53341600>
17. Рішення Ульяновського районного суду Кіровоградської області від 04.05.2016 у справі № 402/355/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57501628>
18. Гузь Л. Є. Практика застосування спадкового права в судовій та нотаріальній діяльності / Л. Є. Гузь. – Х. : Право, 2015. – 888 с.
19. Буркацький Л. К. Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Л. К. Буркацький. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – 384 с.
20. Рішення апеляційного суду Чернівецької області від 09.03.2016 у справі № 718/2527/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56365304>.

Кухарев Александр Евгеньевич

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПРИЗНАНИЯ НАСЛЕДСТВА ВЫМОРОЧНЫМ

Статья посвящена исследованию процессуальных особенностей рассмотрения судами дел о признании наследства выморочным. Определяются основания приобретения территориальной громадой права собственности на выморочное имущество. Отдельное внимание уделяется осуществлению наследником права на истребование имущества, признанного выморочным, или его денежной компенсации, у территориальной громады.

Ключевые слова: особое производство, выморочное имущество, наследство, наследодатель, наследник

Kukharyev Alexander

PROCEDURAL ASPECTS OF RECOGNITION OF THE INHERITANCE AS ESCHEATED

The paper is devoted to clarifying the procedural peculiarities of the legal cases on recognition of the inheritance as escheated. The reasons of gaining the ownership rights by the local community for the escheated property defined. A special attention paid to the execution of the right of the heir for recovery of the property, recognized as escheated or getting the monetary compensation from the local community.

Keywords: special procedure, escheated property, inheritance, testator, heir

Сеник Світлана Василівна,

кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету
імені Івана Франка

УДК 347.951.3

ОКРЕМА УХВАЛА ЯК ОДНА З ФОРМ СУДОВОГО АКТА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті розкриваються основні аспекти постановлення окремих ухвал суду в цивільному процесі. Запропоновано авторське визначення поняття «окрема ухвала суду». Критикуються положення ст. 211 ЦПК України в частині встановлення для суду права, а не обов'язку постановлення окремої ухвали. Визначаються правові наслідки набрання окремою ухвалою законної сили.

Ключові слова: суд, судовий акт, порушення закону, окрема ухвала, виконання окремої ухвали.

Відповідно до ч. 1 ст. 211 ЦПК України суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону і встановивши причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення цих причин та умов. Таким чином, суду надається право реагувати на порушення закону не тільки учасниками цивільної справи,

але й будь-якими суб'єктами, які до них не належать. Форма реагування – окрема ухвала суду. Окремі ухвали стосуються вирішення питань, які виходять за межі пред'явлених вимог, але пов'язаних з ними та спрямовані на усунення виявлених судом в процесі розгляду справи порушень закону.

Виходячи з положень нині чинного процесуального законодавства, окрема ухвала

може бути постановлена в різних видах судочинства: в цивільному, господарському, адміністративному.

Як вказує Шиманович О.М., «окрема ухвала істотно відрізняється від інших ухвал суду першої інстанції, в яких обговорюються матеріальні й процесуальні права сторін й інших осіб, які беруть участь у справі. Окрема ухвала не впливає на розвиток і результат процесу і не стосується питань, що безпосередньо стосуються до розгляду справи» [1, С. 100].

У доктринальних джерела пропонуються різні підходи до розуміння поняття «окрема ухвала». Так, стверджується, що «окрема ухвала є процесуальним засобом судового впливу на виявлені під час судового розгляду порушення законності, а також причини та умови, що цьому сприяли» [2, С. 461]. Івасин О.Р. вважає, що «окрема ухвала суду — це процесуальний спосіб судового впливу (контролю) на виявлені під час судового розгляду та ухвалення судового рішення порушення закону [3, С. 155].

На думку представників судової влади, «окрема ухвала — це вид рішення, яким суд реагує на виявлені під час розгляду справи причини та умови, що сприяли вчиненню порушення» [4]; «окрема ухвала є формою профілактичного впливу судів на правопорушення» [5].

Кожне із зазначених вище визначень в тій чи іншій мірі розкриває суть та значення окремої ухвали як форми судового акта. Узагальнюючи доктринальні підходи щодо визначення поняття «окрема ухвала» та практику застосування положень ст. 211 ЦПК України, вважаємо, що — це форма судового акта, яким суд реагує на виявлені під час судового розгляду справи порушення закону і встановлені причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, шляхом встановлення обов'язку для відповідних осіб чи органів з метою вжиття заходів щодо усунення цих причин та умов.

Зазначимо, що окрема ухвала не є заходом процесуального примусу в розумінні положень Глави 9 Розділу I ЦПК України.

Неправильним, на нашу думку, є підхід законодавця щодо можливості судді постановити окрему ухвалу. Так, виходячи зі змісту ст. 211 ЦПК України, суд *може* постановити окрему ухвалу. З цього приводу С. Чванкін зазначає, що «порівняно невелика кількість постановлення окремих ухвал пояснюється тим, що суд має право, але не зобов'язаний постановляти окрему ухвалу. Проте, виходячи з особливого статусу суду в системі органів, що забезпечують правовий порядок у державі, він зобов'язаний реагувати на випадки очевидних, умисних або системних порушень закону» [4]. Така позиція, звичайно, правильна, але на даний час надієва, оскільки суд, виконуючи свої посадові обов'язки під час судової процедури, керується виключно законом, а у цьому випадку закон каже, що суд має право, а не зобов'язаний. Тобто, виявивши порушення закону, суд може й проігнорувати їх та не постановляти окремої ухвали. Така

правова регламентація не сприяє дії принципу незалежності судді, а, навпаки, робить суддю заручником можливих зовнішніх впливів.

Вважаємо, підхід до цього питання повинен бути комплексним та базуватись на трьох основних акцентах: для чого створені суди, з якою метою заінтересована особа звертається до суду та що є основним завданням суду. Як визначено у ст. 2 нині чинного Закону України «Про судоустрій і статус суддів», суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. У ч. 2 ст. 1 зазначеного Закону вказується, що судову владу реалізують професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі і присяжні шляхом здійснення правосуддя в рамках відповідних судових процедур. Крім цього, ст. 7 Закону гарантує кожному право на справедливий суд. До слова, законодавство про судоустрій та статус суддів вже не раз проходило процедуру «очищення та редагування», проте ці норми залишаються незмінними у всіх його редакціях (єдине, що у новій редакції Закону, яка набере чинності 30 вересня 2016 року, не передбачено участі у судовому процесі народних засідателів).

У свою чергу, відповідно до ч.1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів а у ст. 1 ЦПК України зазначено, що завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Отже, завдання суду як органу судової влади — це забезпечення кожному заінтересованому суб'єкту захисту його прав, свобод та інтересів. І для того, щоб цей захист був повним та дієвим, у разі виявлення під час здійснення процедури судового розгляду порушень закону, на нашу думку, суд *зобов'язаний*, а не має право, реагувати на такі порушення шляхом постановлення окремої ухвали. Адже, хіба може йти мова про справедливий суд та реальний захист, якщо судом виявлені порушення закону, але він на них не реагує. У зв'язку з цим, пропонуємо внести зміни до положень ст. 211 ЦПК України, якими передбачити обов'язок суду постановляти окрему ухвалу у разі виявлення під час розгляду справи порушення закону і встановлення причин та умов, що сприяли вчиненню порушення.

Ініціатором постановлення окремої ухвали є суд. Проте, відповідно до ч. 1 ст. 27 ЦПК України особа, яка бере участь у справі, має право подавати свої доводи, міркування щодо

питань, які виникають під час судового розгляду, а, отже, керуючись цією нормою, особа, яка бере участь у справі, має право звернути увагу суду на наявність порушення закону з боку відповідного суб'єкта та подати клопотання про необхідність постановлення судом окремої ухвали.

Підставою для постановлення окремої ухвали є виявлення судом під час розгляду справи порушення закону і встановлення причин та умов, що сприяли вчиненню порушення. Окрема ухвала може бути постановлена, якщо під час розгляду виявлено ознаки складу правопорушення. Його юридична кваліфікація не наводиться, однак, як правило, в окремій ухвалі зазначається, елементи якого складу правопорушення слід перевірити. Причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, можуть полягати в неналежному виконанні посадовими особами обов'язків, недотриманні строків розгляду звернень тощо [4].

Найчастіше такі ухвали постановляються на стадії судового розгляду. Проте, якщо з урахуванням характеру виявлених фактів є необхідність у прийнятті невідкладних мір до їх усунення (наприклад, знаходження малолітньої дитини без догляду, небезпечний для життя людей стан будинку тощо), окрема ухвала може бути постановлена і на попередніх стадіях цивільного процесу.

Системний аналіз положень ЦПК України дає можливість зробити висновок, що окрема ухвала може бути постановлена судом першої інстанції, апеляційним та касаційними судами (ст.ст. 211, 320, 350). ЦПК України не передбачає постановлення окремої ухвали Верховним Судом України.

Крім цього, керуючись ст. 320 ЦПК України, апеляційний суд може постановити окрему ухвалу, в якій зазначити порушення норм права і помилки, допущені судом першої інстанції, які не є підставою для скасування рішення чи ухвали суду першої інстанції. Відповідно до правової позиції Верховного Суду України, викладеної у п. 22 постанови Пленуму «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» від 24 жовтня 2008 року, окремі ухвали про допущені судом першої інстанції порушення норм права і помилки направляються для їх усунення та з метою запобігання їх виникненню (залежно від характеру та кількості) до суду першої інстанції чи суддів, які розглядали справу, або до відповідної кваліфікаційної комісії суддів. Тобто, правовими підставами постановлення окремої ухвали є виявлені під час розгляду справи порушення матеріального або процесуального права, встановлення причин та умов, що сприяли вчиненню таких порушень.

Так, *апеляційним судом Черкаської області в ході розгляду справи було встановлено, що ухвалою апеляційного суду Черкаської області від 27 серпня 2014 року скасовано ухвалу Черкаського районного суду від 18 липня 2014 року про залишення без розгляду зустрічного позову ОСОБА_9, та направлено справу до суду першої інстанції для продов-*

ження розгляду. Водночас, рішенням апеляційного суду Черкаської області від 27 серпня 2014 року скасовано рішення Черкаського районного суду від 18 липня 2014 року та ухвалено нове рішення, яким відмовлено в задоволенні позову ОСОБА_10 до ОСОБА_9 про визначення місця проживання дітей.

*З матеріалів справи вбачається, що 02.09.2014 року (а.с.171) апеляційний суд Черкаської області надіслав дану цивільну справу до Черкаського районного суду Черкаської області, яка була отримана 03.09.2014 року. Разом з тим, вбачається, що лише 01.10.2015 року, **через 1 рік і 1 місяць**, справа була внесена до системи автоматизованого розподілу (а.с.172). Зазначене вказує на недотримання вимог щодо внесення справи до системи автоматизованого розподілу та необгрунтованого її не розгляду, протягом розумного строку, і не може бути залишено поза увагою колеґії суддів.*

У зв'язку з цим, колеґія суддів судової палати ухвалила направити окрему ухвалу голові Черкаського районного суду Черкаської області, для усунення причин та умов тривалого не розподілу справи за позовом ОСОБА_8 до ОСОБА_9, третя особа: служба у справах дітей Черкаської РДА, про визначення місця проживання дітей та зустрічним позовом ОСОБА_9 до ОСОБА_10, третя особа: служба у справах дітей Черкаської РДА, про визначення місця проживання дітей [6].

Такими ж повноваженнями наділений і касаційний суд. Згідно ст. 350 ЦПК України суд касаційної інстанції може постановити окрему ухвалу, в якій зазначити порушення норм права і помилки, допущені судом першої або апеляційної інстанції, які не є підставою для скасування їх рішення чи ухвали.

Окрема ухвала постановляється як окремий процесуальний документ окремо від рішення суду. Як правило, окрема ухвала постановляється в нарадчій кімнаті одночасно з ухваленням рішення суду. Проте, як уже зазначалось, окрема ухвала може бути постановлена й раніше. Окрема ухвала має бути підписана суддею (суддями), який розглядає цивільну справу. Зміст цієї ухвали складається з чотирьох частин. У процесуальній літературі звертається увага, що «статтею 211 ЦПК не передбачена спеціальна структура окремої ухвали, тому вона за змістом повинна відповідати ст. 201 ЦПК» [7, С. 141]. Вступна частина має відповідати вимогам п. 1 ч. 1 ст. 210 ЦПК України. В описовій частині вказується суть справи, яка розглядається судом; в мотивувальній – здійснюється виклад обставин, що свідчать про порушення закону, у чому саме полягають встановлені порушення закону, які саме права та конкретно яких суб'єктів порушено, визначається правова кваліфікація правопорушення, ознаки якого виявлені під час розгляду, зазначаються причини та умови, що сприяли вчиненню такого правопорушення. У резолютивній частині мають бути викладені висновки суду про необхідність усунення зазначених порушень, вказівка на необхідність у місячний строк

з дня надходження окремої ухвали повідомити суд про вжиті заходи, попередження про відповідальність за невиконання цього обов'язку, а також строк та порядок набрання ухвалою законної сили та її оскарження.

Зі змісту ст. 211 ЦПК України можна зробити висновок, що текст окремої ухвали не оголошується судом, а лише направляється відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення причини та умов порушення закону. Ними можуть бути органи державної чи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, органи Служби безпеки України, поліції чи прокуратури, керівники організацій, які допустили порушення закону та ін. Відповідні суб'єкти, яким суд надсилає окрему ухвалу, повинні бути наділені повноваженнями, необхідними для вжиття відповідних заходів реагування, зазначених в ухвалі. До прикладу, Заборовський В.В. зазначає, що «правозастосовній практиці судів відомі й випадки, коли суди звертаються до відповідних регіональних кваліфікаційно-дисциплінарних комісій з метою, щоб ті посприяли у забезпеченні якби адвоката в судове засідання. Наприклад, такі випадки містяться в ухвалі про відкладення підготовчого судового засідання у зв'язку з повторною неявкою адвоката, яка була прийнята 3 червня 2013 р. Київським районним судом м. Харків (справа № 640/7361/13-к)». Автор наголошує, що «такі окремі ухвали суду є некоректними, оскільки вони не тільки втручаються у внутрішню діяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій, а й змушують їх до вчинення дій, які законодавчо не віднесені до їх повноважень» [8, С. 108]. У даному аспекті погоджуємось із позицією С. Чванкіна, що суд не має права у відповідному рішенні визначати конкретні заходи, які слід ужити для усунення причин та умов, що сприяли правопорушенню, оскільки це виходить за межі його компетенції [4].

Копія окремої ухвали повинна бути направлена відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення причини та умов порушення закону. У цьому контексті, вважаємо помилковою позицію, що «правильною є практика, коли після постановлення відповідного рішення його копія надсилається особам, інтересів яких воно стосується, у разі якщо вони не були присутні в засіданні під час проголошення окремої ухвали. І лише в разі відсутності апеляційної скарги протягом 5 днів з дня проголошення ухвали (одержання її копії особою, інтересів яких вона стосується) її надсилають з відміткою про набрання законної сили відповідним органам для реагування [4]. На нашу думку, до суб'єктів, інтересів яких стосується окрема ухвала, належать не тільки суб'єкти правопорушення, але також і органи та особи, які повинні виконати ухвалу. Вважаємо, що органи та особи, які повинні вчинити дії з виконання ухвали, також мають право на її оскарження, а тому окрема ухвала повинна бути видана (надіслана) в порядку та строки, визначені ст. 222 ЦПК України і суб'єкту, який вчинив правопорушення, і суб'єкту, який пови-

нен вчинити дії з виконання окремої ухвали. Крім цього, робимо висновок, що й особи, які беруть участь у справі, на підставі ст. 27 та в порядку ст. 222 ЦПК України мають право одержати копію окремої ухвали суду.

Згідно ч. 2 ст. 211 ЦПК України окрема ухвала може бути оскаржена особами, інтересів яких вона стосується, у загальному порядку, встановленому ЦПК України. Аналізуючи положення ч. 2 ст. 211 ЦПК України та п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК України, слід зробити висновок, що на даний час така ухвала може бути оскаржена лише в апеляційному порядку. Разом з тим, Верховний Суд України висловив іншу правову позицію у п. 22 постанови Пленуму «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» від 24 жовтня 2008 року, зазначивши, що окрема ухвала апеляційного суду може бути оскаржена в касаційному порядку особами, щодо яких вона постановлена. Проте, оскільки мова йде про особливу форму ухвали суду, а також зважаючи на підстави її постановлення, підтримуємо дану позицію Верховного Суду України та вважаємо підхід законодавця неправильним. На нашу думку, законодавцю слід передбачити як можливий об'єкт касаційного оскарження окрему ухвалу апеляційного суду.

Окрема ухвала набирає законної сили після закінчення строку на її оскарження, а у разі подання апеляційної скарги, якщо її не скасовано, після розгляду справи апеляційним судом.

З аналізу змісту ч. 1 ст. 211 ЦПК України впливає два основних правових наслідки набрання законної сили окремою ухвалою:

1) вона повинна бути виконана протягом одного місяця з дня її надходження до зобов'язаного суб'єкта;

2) про вжиті заходи протягом одного місяця з дня її надходження повинно бути повідомлено суд, який постановив окрему ухвалу.

Слід зауважити, що закон не передбачає форми даного повідомлення, проте, як свідчить практика, такі повідомлення надсилаються до суду у письмовій формі. До прикладу, у проведеному аналізі постановлення окремих ухвал Білопільським районним судом Сумської області встановлено, що ним за рік постановлено дві окремі ухвали в цивільних справах, а саме: 1) окрема ухвала від 21 лютого 2012 року, постановлена суддею Замченко А.О. у цивільній справі № 2-8/12 за позовом ПАТ «УкрСиббанк» до Басова Ігоря Вікторовича про стягнення заборгованості по кредитному договору. У даній справі суддя звертає увагу на дії працівників банку щодо неналежного виконання своїх посадових обов'язків і навмисне затягування строків розгляду справи, у зв'язку з чим суд не зміг розпочати розгляд справи по суті, а справа не знаходилася свого вирішення більше трьох місяців, що є неприпустимим порушенням працівниками банку діючого цивільного процесуального законодавства при представленні інтересів банку в судах. На виконання цієї окремої

ухвали надійшла відповідь, що керівництвом банку було ретельно проведено перевірку виконання службових обов'язків та дотримання норм діючого цивільного процесуального законодавства в процесі супроводження вищезазначеної справи представниками банку та проведено роз'яснювальну роботу щодо необхідності сумлінного виконання посадових обов'язків з метою належного захисту прав та законних інтересів банку; 2) окрема ухвала від 06 серпня 2012 року, постановлена суддею Замченко А.О. у цивільній справі № 18012420/12 за позовом Вороненко Олени Вікторівни про перегляд у зв'язку з нововиявленими обставинами рішення Білопільського районного суду від 17 лютого 2010 року за позовом прокурора Білопільського району в інтересах Куянівської сільської ради про визнання спадщини відумерлою. У зазначеній справі суддя звертає увагу виконавчого комітету Куянівської сільської ради на неприпустимість порушення діючого законодавства при видачі довідок, що стало причиною видачі двох протилежних за змістом довідок. На виконання вищевказаної окремої ухвали надійшла відповідь Куянівського сільського голови про проведення роз'яснювальної роботи з посадовими особами, відповідальними за видачу довідок, про неприпустимість порушення діючого законодавства [5]. Як свідчить аналіз судової практики, на жаль, цей припис закону не завжди виконується.

У цьому аспекті слід зауважити, що за невиконання окремої ухвали передбачена адміністративна відповідальність (ст. 185–6 Кодексу України про адміністративні правопорушення) та кримінальна відповідальність за умисне невиконання окремої ухвали (ст. 382 Кримінального кодексу України).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. О.М. Шиманович. До питання про класифікацію ухвал суду першої інстанції в цивільному процесі України / О.М. Шиманович // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2007. – № 1. – С. 95–102.
2. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2008. – 840 с.
3. О.Р. ІВАСИН. Окрема ухвала в адміністративному процесі як спосіб судового контролю // Держава і право: Юридичні і політичні науки. – Випуск 60. С.152-158 irbis-nbuv.gov.ua
4. Така не часта подія в судочинстві як «окрема ухвала». Суддя Сергій Чванкін навів приклади та узагальнив практику // Електронний ресурс: <http://protokol.com.ua>.
5. Пришва Н.В. Аналіз постановлення окремих ухвал Білопільським районним судом Сумської області // Електронний ресурс: <http://bl.su.court.gov.ua>.
6. Ухвала апеляційного суду Черкаської області у справі № 88-ц/793/2/16 від 12 січня 2016 року // Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
7. Процесуальні документи у цивільних справах (теорія, методика, практика): Науково-практичний посібник / За заг. ред. доктора юридичних наук, професора С.Я. Фурси. – 3-е видання. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 896 с.
8. Заборовський В.В. Окрема ухвала суду як привід для порушення дисциплінарного провадження відносно адвоката: практичні проблеми застосування // Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія ПРАВО. – Випуск 34. – Том 3, 2015. – С. 109-105.

Сеник Светлана Васильевна
ЧАСТНОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ КАК ОДНА ИЗ ФОРМ СУДЕБНОГО АКТА
В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

В статье раскрываются основные аспекты постановления частных определений суда в гражданском процессе. Предложено авторское определение понятия «частное определение суда». Критикуются положения ст. 211 ГПК Украины в части установления для суда права, а не обязанности постановления частного определения. Определяются правовые последствия вступления частным определением законной силы.

Ключевые слова: суд, судебный акт, нарушение закона, частное определение, выполнение частного определения.

Senyk Svitlana
SEPARATE DECISION AS A FORM OF JUDICIAL ACT IN CIVIL PROCEEDINGS

In the article the basic aspects of delivery of certain rulings in tsyvinomu process. The author definition of “separate court order.” Criticized provisions of Art. 211 CPC of Ukraine in terms of setting the court of law, but not the obligation adoption of a single decision. Determined the legal consequences of ruling a separate entry into force.

Keywords: court judicial act, violation of the law, a separate resolution, the execution of a separate decision.

УДК 347.9

НЕОБХОДИМОСТЬ ДАЛЬНЕЙШЕГО РЕФОРМИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА: СКВОЗЬ ПРИЗМУ НАУЧНЫХ ВЗГЛЯДОВ ПРОФЕССОРА Е.В. ВАСЬКОВСКОГО НА АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

В настоящей статье автор рассматривает актуальные вопросы реформирования российской правовой и судебной систем. Анализируются научные фундаментальные труды и концепции классиков российской гражданской процессуальной науки.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, судебная защита, судебная система, правосудие, реформа.

В условиях продолжающегося реформирования российской правовой и судебной систем, как ее важнейшей неотъемлемой части, закономерен глубокий интерес нового поколения российских юристов к фундаментальным трудам и концепциям классиков российской гражданской процессуальной науки. В первую очередь это обусловлено неудовлетворенностью результатами предыдущих этапов реализации Концепции судебной реформы, желанием разобраться в причинах недостаточной эффективности сложившейся отечественной модели правосудия, несмотря на её постоянное усовершенствование и уникальное наследие Великой судебной реформы, уроки которой нам еще предстоит осмыслить, претворив в правоприменительную деятельность судов ее идеалы¹. Необходимость, равно как и неизбежность продолжения судебной реформы обусловлены недостаточным уровнем доверия населения к органам правосудия в нашей стране², обострившейся конкуренцией между судебными системами разных стран, новыми вызовами, с которыми сталкивается отечественное правосудие.

Основные направления дальнейшего развития судебной системы определены в Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013-2020 годы»: обеспечение доступа граждан к правосудию и его максимальной открытости и прозрачности, реализация принципа независимости и объективности при вынесении судебных решений, обеспечение действенной защиты прав и законных интересов граждан, создание условий, при которых российским

компаниям было бы выгодно оставаться в российской юрисдикции и использовать для разрешения споров, в том числе споров по вопросам собственности, российскую судебную систему. Убеждены в том, что ходе выбора направлений дальнейшего совершенствования отечественной судебной системы в целом и правового статуса судей, осуществляющих миссию правосудия, мы должны извлечь уроки из нашего прошлого, не игнорируя позитивный советский опыт, имеющийся лучший опыт зарубежных стран, где сложились наиболее эффективные и востребованные модели правосудия, фундаментальные принципы и основные постулаты гражданского процесса, применение которых должно обеспечиваться деятельностью судьи и гарантироваться государством.

Наука гражданского процессуального права может гордиться своей историей, поскольку на ее ниве трудилось немало достойных представителей, которые в своих трудах заложили прочный фундамент ее развития на длительный период. Среди них в первую очередь необходимо назвать Е.В. Васьковского, Ю.С. Гамбарова, А.Х. Гольмстена, В.М. Гордона, В.Л. Исаченко, К.И. Малышева, Е.А. Нефедьева, И.Е. Энгельмана, Т.М. Яблочкова. Это сегодня их работы переиздаются и доступны для изучения, а ведь в недавнем прошлом, в течение почти 80 лет, труды названных ученых были библиографической редкостью и известны очень узкому кругу юристов.

Автор настоящей статьи и д-р юрид. наук проф. М.К. Треушников (зав. кафедрой гражданского процесса МГУ) в 2003 г. выступили инициаторами и сопредседателями создания серии «Классика российской процессуальной науки» (некоммерческий проект)³. Не

¹ Примечания: Речь идет о создании в России суда скорого, правого, милостивого и равного для всех.

² «Это подтверждается данными, полученными в ходе опросов общественного мнения. В частности, ... только 27% граждан России доверяют органам правосудия, при этом 38% органам правосудия не доверяют» // Концепция федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013-2020 годы». Утверждена распоряжением Правительства РФ от 20 сентября 2012 г. №1735-п // СПС «Консультант Плюс».

³ Издание серии поддержали ведущие процессуалисты России (Т.Е. Абова, А.Т. Боннер, М.А. Викут, Г.А. Жилин, В.М. Жуйков, Р.Ф. Каллистратова, Е.И. Носырева, М.С. Шакарян, Л.В. Туманова, В.М. Шерстюк, В.В. Ярков и др.), а также судьи (Г.А. Мантул, Н.И. Маняк, Л.Г. Данильченко, О.М. Соловьева, А.Д. Чернов и др.).

случайно издание дореволюционных учебников, иных трудов известных русских ученых в области гражданского судопроизводства в рамках названного проекта началось с «Учебника гражданского процесса» Е.В. Васьковского (М., 1917, Издательство братьев Башмаковых)[1]. Этот учебник написан на основе курса гражданского процесса, изданного им в 1913 г., в нем содержится серьезный обзор передовых достижений правовой мысли в области гражданского процесса XIX в., обширный массив правовой информации, представляющей сегодня не только историческую научную ценность, но и практический интерес.

Без преувеличения можно сказать, что это один из лучших учебников по гражданскому процессу написанных когда-либо в России и прекрасное дополнительное пособие и в наше время не только для начинающих ученых, но и практикующих юристов. Переиздавая это фундаментальную работу, мы надеемся, что она вызовет интерес не только у студентов, преподавателей, но и у тех, кто сегодня осуществляет правосудие, заставит обратиться вновь к тем ценностям в сфере гражданского судопроизводства и судопроизводства, которые имеют непреходящее значение для эффективного отправления правосудия.

Мы не ограничились переизданием учебника и продолжили исследование жизни и творчества проф. Е.В. Васьковского. Побудительным мотивом к этому не в последнюю очередь являлась вступительная статья В.А. Белова, посвященная исследованию научного наследия Е.В. Васьковского, в которой он пишет: «Нам даже приблизительно неизвестно, где, когда и при каких обстоятельствах оборвалась жизнь Евгения Владимировича... Что могло произойти?... Остается предполагать самое страшное: бушующий кровавый океан поглотил жизнь талантливого ученого... Или, может быть, ведь неизвестность всегда оставляет шанс надежде, все было и не столь ужасно? Можно только гадать; никакими данными, позволяющими хоть с некоторой степенью вероятности предполагать тот или иной исход, мы не располагаем... Никогда не хочется верить, что конец жизненного пути ученого с мировым именем – каким бы он ни был – оказался безвозвратно выжжен из памяти потомков» [2].

Мы не поверили, и удача вскоре улыбнулась нам. Нам удалось найти достоверные сведения о последнем периоде жизни и творчестве известного цивилиста и процессуалиста Е.В. Васьковского, а также подлинные документы, подтверждающие важные факты его биографии.

Основываясь на изученных архивных документах, предоставленных в наше распоряжение известным ученым-процессуалистом, доктором права, деканом юридического факультета Вильнюсского университета В. Некрошюсом, мы установили, что жизнь и научный талант Е.В. Васьковского не были загублены революцией, и он еще многие годы

продолжал заниматься наукой, оставив после огромное научное наследие⁴.

После переезда в Польшу в Вильнюс (Вильно) в 1924 г. (дата его приезда в Вильнюс с достоверностью нами пока не установлена) Е.В. Васьковский был приглашен на кафедру гражданского права Университета им. Стефана Баторы. Совет факультета права и общественных наук университета на заседании 22 марта 1924 г. принял единогласное решение назначить его на II кафедру гражданского права (гражданское право, действующее в бывшем Польском Царстве, территориях Польши, аннексированных Пруссией и Австрией) в качестве ординарного профессора, и просил Совет факультета утвердить принятое решение, представив Е.В. Васьковского для назначения на указанную должность Президентом Республики. В этой связи можно согласиться с проф. факультета права и администрации Я. Турлуковским (Польша), обратившим внимание на неточности допущенные в ряде российских источников при освещении биографии Е.В. Васьковского относительно времени его эмиграции⁵.

К вышеуказанному решению Совета факультета приложены 4 приложения: подробный доклад комиссии о научной деятельности проф. Е.В. Васьковского, а также рекомендации проф. Тилля, Лютостанского, Голомба, Яворского и Жолля. В 1925 г. Е.В. Васьковский избирается деканом факультета права и общественных наук, а в 1928 г. назначается членом Законодательной комиссии Польской Республики, в работе которой принимал активное участие, в частности, в редактировании новой польской гражданской процедуры, неискового производства и др.

Плодотворная научная деятельность, а также активное участие в работе Законодательной комиссии Польской Республики получили достойную оценку. Приведем выдержку из ходатайства от 3 июня 1936 г. на имя

⁴ См. также: Корниенко И.В. Научное и педагогическое наследие Е.В. Васьковского: автореф. дисс. канд. юрид. наук, Одесса, 2013.

⁵ К примеру, в биографическом очерке В.А. Томсинова «Евгений Владимирович Васьковский (1866-после 1928)». В кн. Васьковский Я. Учебник гражданского процесса. – М., 2003. С. XI-XIX); Шилохвост О.Ю. Русские цивилисты: середина XVIII – начало XX в. Краткий биографический словарь. – М., 2005. – С. 28-29. По версии к Я. Турлуковского не следует предполагать пребывание проф. Е.В. Васьковского в Вильне или Польше вообще раньше 1923 г. С учетом имеющихся у нас архивных данных, подтвержденных и опубликованным в настоящее время, в том числе и содержанием письма проф. Кароля Лютостанского (именно с его именем связывают приглашение Е.В. Васьковского в Польшу), с большой долей уверенности можно утверждать, что ученый переехал в Польшу в 1924 г. См. подробнее: Турлуковский Я. Евгений Владимирович Васьковский: две жизни – одна наука. В кн. Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. – М.: Статут, 2016. – С. 25–27; Улётова Г.Д. Профессор Е.В. Васьковский и его творчество // Гражданский процесс: наука и преподавание / под ред. М.К. Трушниковой, Е.А. Борисовой. М.: Городец, 2005. – С. 18-30.

господина Министра Религиозных вероисповеданий и Общественного просвещения в Варшаве: «Совет факультета права и общественных наук на заседании 25 мая текущего года, заслушав доклад проф. доктора Францишка Боссовского, принял единогласное решение обратиться к господину Министру с просьбой внести предложение господину Президенту Республики о присвоении профессору доктору Евгению Владимировичу Васьковскому, принимая во внимание его научные заслуги, звания почетного профессора университета им. Стефана Баторы». Еще один факт из жизни ученого. С 17 ноября по 29 декабря 1938 г. Е.В. Васьковский находился на лечении во внутренней клинике университета им. Стефана Баторы в связи с осложнением после перенесенного заболевания гриппом (выписан из клиники в состоянии определенного улучшения). 9 января 1939 г. он обратился с заявлением в Совет факультета права и общественных наук: «После тяжелой болезни я чувствую себя очень ослабленным и нуждаюсь в продолжительном отдыхе. В связи с этим я вынужден прекратить чтение лекций и не буду в состоянии преподавать во втором и третьем семестрах текущего учебного года». К сожалению, пока не удалось установить смог ли ученый продолжить работу в университете после своего выздоровления, но мы надеемся продолжить дальнейшие исследования его жизни.

Научные работы Е.В. Васьковского опубликованы на русском, польском и немецком языках, наиболее значительными из которых являются: «Организация адвокатуры» – магистерская диссертация (СПб., 1893), «Учебник гражданского права. Вып. 1. Введение и общая часть». (СПб., 1894), «Учение о толковании и применении гражданских законов» – докторская диссертация (Одесса, 1901), «Будущее русской адвокатуры» (Одесса, 1893), «Основные вопросы адвокатской этики» (СПб., 1895), «Учебник гражданского права. Вып. 2. Вещное право». (СПб., 1896), «Судейское усмотрение при толковании законов» (Право, 1901. № 50), «Курс гражданского процесса» (Т. 1. М., 1913), «Учебник гражданского процесса» (М., 1914), «Значение признания в гражданском процессе: Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти Г.Ф. Шершеневича» (М., 1915), «Учебник гражданского процесса» (Изд. 2. М., 1917). В докладе проф. Ф. Боссовского указывается, что Е. В. Васьковским опубликовано ряд статей в российских юридических журналах: «Приобретение движимого имущества у несобственника», «Залог чужой вещи», «Защита несправедливых прав», «Понятие собственности в российском праве», «Правовая конструкция находки», «Правовые последствия отсутствия, также «Недостатки гражданского процессуального кодекса (8 статей), «Задачи и значение адвокатуры», «Реформа российской адвокатуры», «Судейское усмотрение при применении законов 50-летия судебной реформы», «Правовые отношения при соавторстве», «Задания и методы моральной статистики».

На польском языке опубликованы объемные монографии и учебники: «Система гражданского процесса и теоретическое вступление», «Принципы рационального устройства судов и гражданского процесса», «Учебник гражданского процесса» (1932), «Задачи адвокатуры и адвокатской этики» (1934), «Теория интерпретации гражданского права» и «Методология догматики науки гражданского права» (1936), а также ряд статей: «Независимость суда» (Газета сондова, 1924), «Неприкосновенность судей (Там же), «Развитие гражданского законодательства в XIX веке» (Рочник правничы Виленьски, 1925), «Соглашение сторон в гражданском процессе» (Там же, 1928), «Принципы гражданского процесса» (Там же, 1930) и др. Предстоит еще долгая и кропотливая работа по составлению полного каталога научных работ ученого. Еще одна важная сторона его научной деятельности рецензирование юридических изданий. Известны его рецензии на ряд книг, к примеру, Дормидонтов Г.Ф. Юридические фикции и презумпции. Т. 1. СПб., 1895 // Журнал Министерства Юстиции. 1894-1895. Кн. 9; Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Изд. 3. СПб., 1894 // Журнал Министерства Юстиции. 1894-1895. Кн. 5; Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. II. СПб., 1895 // Журнал Министерства Юстиции. 1896. Кн. 2; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Изд. 2. Казань, 1896 // Журнал Министерства Юстиции. 1896. Кн. 8; Шершеневич Г.Ф. Определение понятия о праве. Казань, 1896 // Журнал Министерства Юстиции. 1897. Кн. 1, критика и др.

Неполный перечень уже известных юридической общественности работ Е.В. Васьковского показывает многогранность его научных интересов. Предмет научных изысканий по гражданскому процессу также весьма обширен – проблемы, не утратившие актуальности и сегодня (система гражданского процесса, процессуальные отношения, принципы гражданского процесса, в том числе, независимость суда и неприкосновенность судей, проблемы судейского усмотрения, соглашение сторон в гражданском процессе, злоупотребление процессуальными правами и др.).

Предложенная Е.В. Васьковским классификация принципов (состязательность, равноправность сторон, формализм, судейское руководство, почин сторон и суда, непосредственность, концентрация, публичность и др.) неизменно привлекает всех для кого эта тема сегодня является предметом научных интересов⁶.

А разве не актуальны суждения ученого относительно публичности производства?

⁶ К примеру, принцип концентрации получил развитие в работах Е.А. Борисовой, которая весьма убедительно доказала необходимость его законодательной регламентации и реализации на практике, предложив современную дефиницию. См. Борисова Е.А. Теоретические проблемы проверки судебных актов в гражданском, арбитражном процессах: автореф. дисс.... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 10, 11.

Публичность производства, по его мнению, имеет огромное значение для правильного отправления правосудия, поскольку она дает возможность обществу контролировать деятельность судей, влияя на качество исполнения ими своих обязанностей, а также благоприятствует развитию науки права. Ученые получают возможность ознакомиться с судебными решениями и пользоваться судебной практикой при своих теоретических исследованиях, что способствует сближению теории с практикой, что одинаково полезно для обеих⁷.

Ученый был убежден, что суд является опорой правового порядка. Благодаря ему, граждане могут спокойно пользоваться своим имуществом и плодами своих трудов. По мнению Е.В. Васьковского, суды являются посредниками между законом и жизнью, посредниками, необходимыми потому, что законы не могут применять себя сами, подчёркивая при этом, что «первое и главное качество хорошего судьи, это – беспристрастие».

Он обращал серьезное внимание на фундаментальность практических знаний лиц, осуществляющих правосудие, сравнивая судью, не прошедшего практической школы, с врачом, не работавшим предварительно в клинике: «...тот и другой – очевидно – будут доканчивать свое образование на счет обращающихся к ним за юридической и медицинской помощью лиц, и этим лицам придется расплачиваться за их ошибки» [3].

«Но весьма важно, – подчеркивал Е.В. Васьковский, – чтобы они пользовались в глазах населения и внутренним авторитетом, т.е., чтобы граждане относились с полным доверием к ним ввиду их личных качеств, «ибо уважение народа к своим законам и судьям – самая верная гарантия его послушания и прочности общественного порядка». Для этого судьи должны быть безупречны в нравственном отношении. Их репутация не должна быть ничем запятнана».

В настоящее время вновь идет серьезная дискуссия о качествах, которые должны быть присущи тем, кто сегодня стремится надеть судейскую мантию⁸. И вновь мы можем обра-

титься к весьма важным выводам классика процессуальной науки, не утратившим своей актуальности и сегодня, что «беспристрастие, общее и специальное юридическое, как теоретическое, так и практическое образование, житейский опыт и безупречная нравственность – те качества, которыми должен обладать каждый судья, чтобы быть на высоте своего призвания <...>» [3, с. 39, 40].

Заслуга Е.В. Васьковского и в том, что он предложил стройную систему гарантий правильного отправления правосудия. По его мнению, гарантиями беспристрастного и правильного отправления правосудия могут служить:

1) рациональная система комплектования судейского персонала;

2) самостоятельность судебной власти;

3) обеспеченность судейской карьеры, а именно: несменяемость; рациональная система повышений и наград; несовместимость; рациональная система надзора и ответственности; материальная обеспеченность судей; коллегиальное устройство судов; инстанционная система. Несомненно, что для успешной деятельности судов необходима еще рациональная организация порядка судопроизводства, речь идет о качестве и системности гражданского процессуального кодекса, принципах и постулатах, положенных в его основу.

Таким образом, всего лишь фрагментарный обзор проблем, которые волновали проф. Е.В. Васьковского, позволяет сделать вывод, что многие из них и сегодня они ждут своего решения.

Озабоченность неудовлетворительным состоянием российской судебной системы сегодня высказывают многие ведущие ученые и государственные деятели. Реализация фундаментальных принципов гражданского процесса в полной мере не всегда гарантируется, что подтверждается статистикой обращений российских граждан в Европейский суд по правам человека, контроль общества за правосудием в должной мере не осуществляется, доверия к судам у многих граждан по-прежнему нет, несмотря на значительный рост количество дел, рассматриваемых судами. По-прежнему мы имеем чрезмерно сложную многоинстанционную систему судов, не всегда гарантирующую справедливость и законность судебных решений, неэффективный институт надзорного производства, неспособный решить главную задачу – обеспечение единообразия судебной практики, в силу низкой пропускной способности Президиума Верховного Суда, как высшей судебной инстанции, а также не достаточно эффективную систему исполнительного производства.

Еще раз обратимся к наследию Е. В. Васьковского, который справедливо писал, что многочисленность инстанций не только не содействует, но, наоборот, вредит успешности отправления правосудия, так как открывает возможность без конца затягивать

⁷ Подробнее о значимости публичности для отправления правосудия см.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. Краснодар, 2003. С. 154-159.

⁸ См.: Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18-21 сентября 2012 г., Москва, Россия: сб. докладов / под ред. д.ю.н. Д.Я. Малешина; Абова Т.Е. Направления развития судебной системы в сфере гражданского судопроизводства / Защита прав в России и других странах Совета Европы: современное состояние и проблемы гармонизации: сб. науч. статей. Краснодар; СПб., 2011. С. 24-35. Колоколов Н.А. Судебная власть: проблемы гармонизации институтов; Ермошин Г.Т. Современная концепция статуса судьи в Российской Федерации (доклады в рамках международной конференции «Модернизация правовых институтов: вызовы времени»); Нешатаева Т.Н., Куделич Е.А., Павлова Н.В., Старженецкий В.В., Толстых В.Л. Модернизация статуса судьи: современные международные подходы. М. 2011 и др.

и запутывать производство, делая процессы, по выражению Луазо, бессмертными [4, с. 193].

В России исторически существовала множественность судебных инстанций, к примеру, перед судебной реформой 1864 г., как указывает Е.В. Васьковский, их было 6 (уездный суд, гражданская плата, департамент Сената, Общее собрание Сената, Комиссия прошений, государственный Совет). Судебные уставы 1864., приняв за образец французскую кассационную систему, ввели принцип двух инстанций, сосредоточив проверку правильности решений вторых инстанций в Гражданском кассационном департаменте Сената. Однако уже скоро достижения Великой судебной реформы были забыты, выброшены на обочину истории и судебная система «обогатилась» множественностью надзорных инстанций, пользуясь терминологией Е.В. Васьковского, выработалась «длинная лестница» надзорных инстанций, которая лишь спустя десятилетия была подвергнута ревизии в одном из самых значимых, касающемся сферы гражданского судопроизводства Постановлении Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан». Заявители, как известно, посягнули на незыблемость института надзорного производства, оспаривая неконституционность ряда норм, регламентирующих надзор, ссылаясь в том числе, на их противоречие правовым позициям ЕСПЧ. Конституционный Суд РФ, по-нашему мнению, в тех условиях принял выверенное методологически и обеспечивающее баланс интересов законодательной и судебной власти решение, указав, что производство в порядке надзора в существующей системе судебных инстанций может рассматриваться как необходимое для обеспечения баланса между такими конституционно защищаемыми ценностями, как справедливость и стабильность судебных актов, лишь в переходный к новому регулированию период, одновременно предложив Федеральному законодателю привести правовое регулирование надзорного производства (на основе Конституции РФ и с учетом настоящего Постановления) в соответствие с признаваемыми Российской Федерацией международно-правовыми стандартами, принимая во внимание правовые позиции ЕСПЧ и резолюцию Комитета министров Совета Европы от 8 февраля 2006 г., а также рекомендовал в разумные сроки установить процедуры, реально обеспечивающие своевременное выявление и пересмотр ошибочных судебных постановлений до их вступления в законную силу. Полагаем, что потенциал названного постановления Консти-

туционного Суда РФ далеко не исчерпан, а его выводы до настоящего времени не в полной мере реализованы законодателем, поскольку на очередном этапе продолжающейся судебной реформы мы ушли от длинной «вереницы» надзорных инстанций, но одновременно выработали «длинную лестницу» кассационных инстанций, пересматривающих уже вступившие в законную силу судебные акты, введя не только принцип двух кассаций, но и принцип двойного надзора, учитывая процессуальные возможности по пересмотру судебных постановлений в порядке надзора по представлению Председателя Верховного Суда РФ (заместителя Председателя Верховного Суда РФ) (ст. 391 (11) ГПК РФ, не обеспечив тем самым своевременное выявление и пересмотр ошибочных судебных постановлений до их вступления в законную силу.

В этой связи нельзя не согласиться с весьма критическим выводом А.Р. Султанова, внесшего значительный вклад в обновление концепции надзорного производства, что «переименование многоступенчатого надзора в многоступенчатую кассацию, осуществленную в Федеральном законе от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации», не меняет кардинальным образом ситуации ...» и «актуальность вопросов реформирования гражданского судопроизводства по-прежнему остается актуальной» [5, с. 53-64]. Представляется, что актуальность проблемы реформирования кассационного и надзорного производства не снижается, несмотря на принятие постановления ЕСПЧ по жалобам «Абрамян и Якубовские против Российской Федерации» [Abramyan and Yakubovskiye v. Russia] (№ 38951/13 и 59611/13), в котором ЕСПЧ пришел к выводу об оправданности требовать от лиц, желающих подать жалобу на предполагаемое нарушение их конвенционных прав, сначала использовать обе кассационные инстанции в соответствии с новым порядком обжалования. Одновременно Суд подчеркнул, что эффективное функционирование кассационной системы для рассмотрения обязательных и подлежащих исполнению судебных решений будет зависеть от строгого соблюдения сроков, установленных во внутригосударственном законодательстве, а также от эффективного доступа к Верховному Суду Российской Федерации, который должен быть доступен не только в теории, но и на практике. Представляется, что оставшись в пределах действия принципа субсидиарности, ЕСПЧ фактически предложил государству-ответчику самому оценить эффективность своей судебной системы, что и предстоит сделать, если мы хотим иметь конкурентоспособную и востребованную гражданами и предпринимателями судебную систему.

Целесообразно обратиться к суждениям Е.В. Васьковского и относительно преимуществ коллегиального устройства судов,

учитывая тенденцию последних лет о снижении значимости принципа коллегиальности. Разрешение гражданских дел не одним судьей, а несколькими, соединенными в одну коллегия, – считал он, – представляет большие преимущества, поскольку обеспечивает более тщательное и многостороннее их обсуждение их. «Решение дел коллегией является результатом обмена мнений между судьями, результатом столкновения различных взглядов на одни и те же вопросы, различных точек зрения. Улучшая качество судебных решений, коллегиальное рассмотрение дел обеспечивает и более беспристрастное отношение судей к делам. На единоличного судью легче оказать влияние, чем на целую судебскую коллегия: его легче подкупить, легче найти к нему ход» [3, с. 52, 53].

Не являясь сторонником возврата к институту народных заседателей, привлечения к рассмотрению гражданских дел суда присяжных заседателей (Астахов П., Склоковский К), нельзя отрицать целесообразность коллегиального рассмотрения сложных социально значимых дел судом первой инстанции, если об этом будут ходатайствовать обе стороны.

На наш взгляд, в содержании обновленной модели правосудия, составной частью которой является статус судьи, должен найти отражение комплекс концептуальных положений, обеспечивающих совершенствование основных аспектов деятельности судей от процедуры их профессиональной подготовки и назначения, до разработки системы серьезных мер ответственности за ненадлежащее исполнение функции правосудия, нарушение

фундаментальных принципов гражданского процесса, с учетом идей изложенных, в том числе, и в работах проф. Е.В. Васьковского. Полагаем, что в этот комплекс в первую очередь могут быть включены такие концепты как: нравственно-этический, профессиональный (компетенционный), процессуальный, концепт принципов и ответственности судей, концепт разумной инстанционности, а также неотвратимости наступления ответственности любых лиц, посягающих на независимость судей. Их развернутое обоснование в концепции модернизации статуса судей и реализация в процессе осуществления правосудия обеспечит переход от возможности (потребности) к неизбежности его эффективного осуществления.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса / Е.В. Васьковский: МГУ им. М.В. Ломоносова, юрид. фак., каф. граждан. процесса, КубГУ юрид. фак., каф. гражд. процесса и трудового права. – Краснодар, 2003. – 528 с.
2. Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М, 2002. С. 28.
3. Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 36
4. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. – М.: Статут, 2016. – С. 193.
5. Султанов А.Р. Правовая определенность и уважение судебного решения вступившего в законную силу по делам об оспаривании действий государственных органов // Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 53-64.

Улетова Галина Дмитрівна

НЕОБХІДНІСТЬ ПОДАЛЬШОГО РЕФОРМУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА: КРІЗЬ ПРИЗМУ НАУКОВИХ ПОГЛЯДІВ ПРОФЕСОРА Е.В. ВАСЬКОВСЬКОГО НА АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РОСІЙСЬКОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

У даній статті автор розглядає актуальні питання реформування російської правової та судової систем. Аналізуються наукові фундаментальні праці та концепції класиків російської цивілістичної процесуальної науки.

Ключові слова: цивільне судочинство, судовий захист, судова система, правосуддя, реформа.

Uletova Galina

THE NEED FOR FURTHER REFORM OF CIVIL COURT ACTION: FROM EVGENIY VASKOVSKIY'S SCIENTIFIC POINTS OF VIEW AT TOPICABLE ISSUES OF RUSSIAN CIVIL COURT ACTION

In this article the author examines the current issues of reform of the Russian legal and judicial systems. Analyzes the fundamental scientific work and concept of classics of Russian civil procedural science.

Keywords: civil proceedings, judicial protection, the judicial system, justice, reform.

UDC: 347.9

INFORMATIZATION IN CIVIL PROCEEDINGS IN POLAND

The article discusses the use of information technologies in the polish civil proceedings. In particular, focuses on the fact that these technologies are voluntary, so if the plaintiff uses the electronic form of consideration, the defendant has the opportunity to decide on a form of judicial review and appeal application, and also return to the traditional form of trial.

Keywords: justice, information technology, computerization, claim, court.

1. Introduction

Civilization and technical changes related to the economic and social life lead to a need to harmonize the judiciary in civil matters with the new opportunities created by information technology and tools available today. This is due to the fact that virtually none of the government agencies that operate in the information society can not work in isolation from information and communication technologies [1, p. 133]. This process goes beyond computerization and is understood only as the introduction of appropriate hardware and software development and to the use of information technology in the practical functioning of the judicial system. The process of informatization of Polish civil proceedings first applied only to certain types of cases that can be conducted entirely in system ICT, from the proceedings to the trial stage performance. Currently we are dealing with breakthrough solutions, which comes into force in September 2016 and applies to all stages and forms of civil proceedings. However, all these constructions, due to the still limited access of part of the society to the Internet, still have the voluntary nature, because if the plaintiff uses the electronic form of the proceedings, the defendant has the opportunity to decide on the form of conducting the legal proceedings, and – in the case of making such a choice – they can appeal against this statement and return to the traditional form of the proceedings. Surely this is a breakthrough in the development of electronic forms of civil proceedings.

2. Information technology instruments in examination proceedings

The first stage of informatization on the grounds of civil procedural law was the introduction of the first proceedings conducted entirely in the ICT system – electronic proceedings by writ of payment [2, p. 84]. In this procedure, the provisions on the proceedings by writ of payment are being used, together with separations resulting from the provisions of Art. 505²⁸ – Art. 505³⁷ of the Code of Civil Procedure (hereinafter referred to as: CCP). The e-Court, which is the District Court Lublin-West in Lublin VI Civil Division, is competent regardless of the value of the dispute. Currently technical limitations allow to pursue a pecuniary claim in the amount of not more than 100 000 000 (one hundred million) Polish zloty.

The electronic proceedings by writ of payment have been introduced as a separate kind of proceedings, having the character of an order for payment in cases of pecuniary claims, in which the facts are not complicated and do not require conducting evidence proceedings. The parties in proceedings before the e-court have the same rights as in traditional court proceedings. The plaintiff, however, has more responsibilities, the fulfilment of which provides a higher level of protection of the defendant. The obligation to provide in the lawsuit, among others, social security number or tax number of the defendant (the number in the National Court Register or other register) allows prevents a situation in which proceedings could be brought against the wrong entity only because of the coincidence of names or surnames. The electronic system has also a control mechanism to prevent the practice of bringing the lawsuit several times on the same claim. On the other hand, in order to protect defendants against judgments relating to the expired claims, the electronic proceedings by writ of payment can be used to pursue only claims that have become due during the three years before filing a lawsuit.

Payment order cannot be issued to the content of the claim: 1) the factual state presented by the plaintiff causes doubts (e.g. the plaintiff does not specify the reason for demanding the payment from the defendant); 2) the claim is clearly unfounded (e.g. the plaintiff demands payment for a service which has not been performed); 3) fulfilment of the claim depends on the mutual consideration (e.g. in a situation where the defendant had to pay the plaintiff only after the delivery of the sold goods, and the plaintiff has not delivered the goods so far); 4) the defendant's are not known, or if the service of the order could not take place in the country. The payment order issued in the electronic proceedings by writ of payment has an electronic form only and is available in the ICT system of the e-court – www.e-sad.gov.pl [3] after providing a unique code of the order, which is given on a verification print (paper image of the judgment).

After issuing the order of payment in the electronic proceedings by writ of payment, the e-court serves the order to the defendant in a paper form, by registered mail, together with the instructions, among others, on the way of submitting the objection – a legal remedy which is used to challenge the effectiveness of the issued order of payment.

The defendant can choose how to communicate with the e-court between a traditional way and an electronic form – through an account established in the ICT system of the e-court (choosing this solution is irrevocable in these proceedings). In a situation when the defendant believes that the order has been wrongly issued, they may file an objection within two weeks of the service of the order – an appeal remedy which is used to challenge the effectiveness of the issued order of payment. In case of not taking any action, the payment order will become final after two weeks from the date of serving the order to the defendant. The appeal against the payment order has a very simplified form, because it does not require justification and presentation of the evidence. In the event of a properly filed appeal, the order of payment is repealed entirely and the e-court refers the matter to a court of general jurisdiction.

In order to comply with the judgment, the plaintiff must obtain an enforcement clause published in the electronic proceedings by writ of payment, which has the electronic form only and is always available along with the payment order, which was issued in the ICT system of the e-court. The bailiff also documents its activities in the ICT system.

However, informatization has extended beyond the electronic proceedings by writ of payment, because the legislature has used information technology resources also to document the course of justice. With the Act of 29 April 2010 on amending the Act – Code of Civil Procedure (Journal of Laws No 108, item 684), which came into force on 1 July 2010, a new form of protocol of the court proceedings in civil matters was introduced – the so-called electronic protocol. An electronic protocol is a recording of image and sound, or sound only of all the activities that are carried out in the courtroom during the proceedings. This does not exclude forms of traditional protocol, because if for any technical reasons preservation of the course of the meeting by instruments recording the sound or the image and the sound is not possible, the protocol shall be made in writing only, under the guidance of the chairman, in accordance with Art. 158 § 2 CCP. Also, the written form is used to prepare the so-called public annotations (available to the entities of the proceedings) and private annotations – for the exclusive requirements of the court (information important for the judge, e.g. about the behaviour of witnesses). They represent a kind of a table of content for faster searching of electronic records. If it is necessary to ensure proper adjudication in the case, the chairman may order a transcription of a relevant part of the electronic protocol. The introduction of the electronic protocol will allow for the development of other process solutions, for example it has created the possibility of the use of oral justification for the cases of uncomplicated factual and legal nature.

Recording of hearings was thus mandatory in civil cases and misdemeanour cases. The courts of appeal carried out an implementation of the audio systems in order to record the court hearings. And in the case of district and regional

courts a recording system is being implemented to cover not only the sound records of court meetings, but also allowing for the image retention, with the possibility of performing and recording video conferences. All district courts and courts of appeal have been equipped with hardware and software for recording. Currently, the process of equipping the district courts in the necessary infrastructure takes place. The full implementation of the system of digital registration of the court hearings is planned for December 2017 [4].

A similar improving character had the introduction of an electronic acknowledgment of receipt (EAR). Instead of paper return receipt, an electronic acknowledgment of receipt with a handwritten signature of the recipient returns to court as proof of service. Sending the acknowledgment of receipt is done through ICT connections, immediately upon signature of the recipient. The primary objective of this solution is to shorten the duration of recognition of court cases by speeding up the cycle process of correspondence between the court and the participants in court proceedings.

From September 2016 an additional system solutions referring to performance of court actions will appear, which mainly determine the efficiency of proceedings. This means the implementation of the proposed doctrine toward informatization, which is the introduction of legal solutions and, as a result, also technical solutions, enabling filing pleadings in the ICT system in any civil proceedings [5, p. 391]. Moreover, the court will be able to deliver the decision in the form of an electronic document, which will allow full use of the changes in civil material law, in which the documentary form of the actions appear. For its prevention there will be a requirement of submitting a declaration of will in the form of a document, in a way allowing for determination of the person submitting the declaration, so without the need for handwritten or electronic signature.

Also, not without significance is the introduction from September 2016 of an ability to conduct hearings at a distance, through the use of video conferencing. In this way, new solutions will appear to lower the cost of conducting the cases with the participation of entities scattered around the country or witnesses living far away from the court in which the proceedings take place.

3. Informatization in proceedings to secure claims and enforcement proceedings

Informatization process also applies to proceedings to secure claims and enforcement proceedings, which is a natural consequence of the use of ICT instruments on the stage of examination of the case and the judgment. Current solutions related to performing actions in the ICT system are therefore a continuation of solutions for electronic proceedings by writ of payment, with the proviso that the submission of the request for the execution of the order of payment in the electronic proceedings by writ of payment via the ICT system is optional. The creditor can therefore take advantage of this opportunity, or submit an application in the traditional (paper) form. The next step will be the extension of the possibilities of submitting pleadings in the ICT system on the

same basis as it will be introduced at the stage of examination proceedings (creating the so-called electronic filing office also for the bailiffs).

The literature emphasizes that the drawback of the regulations relating to the actions carried out in enforcement proceedings through information systems is that they do not have a comprehensive character, but fragmentary (partial) character. This “segmentation” is the source of numerous doubts. They concern the possibility of using electronic tools in relation to specific activities. In a wider perspective, the lack of complexity undermines the objective of the informatization of civil proceedings [6, p.155]. As a consequence, also at this stage of civil proceedings the process of informatization should be continued, introducing changes of a comprehensive character, but still maintaining the model based on the rule of optionality. The latter is justified because of the constantly occurring in practice, the risk of digital exclusion, especially in rural areas. Thus, the parties of enforcement proceedings will still be able to use the acceptability of carrying out activities in the ICT system if they choose so, and not on the basis of statutory duty.

The next stage of informatization introduces very important solutions which are characteristic for the proceedings to secure claims and the enforcement proceedings – electronic attachment of selected claims, and electronic auctioning of the chattel.

With regard to electronic attachments of claims the legislator has introduced mandatory use of the ICT system within the framework of the execution from a bank account, but this applies only to the exchange of correspondence between the bailiff and the bank. The provision of Art. 893^{2a} CCP states that bailiff's letters addressed for the bank and bank's letters submitted to the bailiff will be able to be transmitted only via the ICT system that supports the seizure of bank accounts. The system supporting attachment of bank accounts will be created by Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A., and banks will be obliged to use this system.

The process of informatization covered also the bailiff seizure of claims in respect of overpaid tax or tax refund. First of all, the bailiff will serve an electronic notice of the seizure to a tax authority as a debtor of seized claims. In addition, all correspondence between the enforcement authority and the tax authority in the course of the proceedings will be sent only via the ICT system or with the use of electronic means of communication.

As indicated above, another new solution will be conducting an electronic auction as a method of increasing the availability of sales compared with the traditional auction, which requires personal commitment of the bidders. Electronic auctions will be governed by the provisions on oral auctions with modifications resulting from Art. 879¹–879¹¹ CCP. An electronic auction is a mode of sales of chattels which is optional, because the decision to use this mode depends on the request of the creditor. The creditor will be able to file a request for the auction in this form not only while submitting the request for levy of the execution, but also during the proceedings – until the date of

appointment of the first auction or in the request for the appointment of the second term of the auction. The creditor will be able to submit a request in writing, orally for the protocol, or if they made such choice – through the ICT system.

An electronic auction will be public and will be conducted in the ICT system developed by the National Council of Judicial Officers, shared online, also in every district court (which allows the use of electronic auctions by persons without access to the Internet).

In order to protect the interests of bidders using the mode of selling “at a distance” the system introduces mechanisms that are intended to avoid a situation in which the auctioned chattel is lost or damaged. Therefore, in this mode, the chattel put on sale is placed under the supervision of a person other than the debtor or deposited with the court or put under safekeeping with a competent institution. On the other hand, if the seized chattel will be left under the supervision of the debtor, the submission of a request for electronic auction will be an independent basis to take away the supervision from the debtor and establish another caretaker of the goods. The auction must be determined in such a way that its duration is at least seven days (counting from the start of the auction, not from the time of placing a notice in the electronic system). A moment of its finish must occur during the office hours of the district court at which the bailiff operates. The bidder will be able to make increments only after the payment of the warranty, unless there is no obligation to pay it. According to the Art. 867¹ § 1 CCP, such an exemption would be entitled if the total estimated value of chattels is less than five thousand Polish zloty. The creditor entering the auction also doesn't have to pay the warranty, if they are entitled to a claim which is covered by the starting price. If the claim is only partial covered, the creditor pays only a part of warranty (Art. 867¹ § 4 CCP). The warranty will be paid through the bidding system or directly into the hands of the bailiff or into bailiff's bank account. The tender will be conducted according to the same rules as those that are used in online auction sites.

The buyer will be obliged to pay the purchase price (after the deduction of the warranty) until six o'clock p.m. on the next day after receiving of the notice of the winning bid. If this day falls on a Saturday or public holiday, the price shall be paid on the day following the day or days off. Failure to pay the money within this period, the buyer will lose the rights arising from the winning bid. It should be added that if the first electronic auction does not take place, at the request of the creditor the second auction will be conducted, which (depending on the will of the creditor) may be have an electronic or oral form.

As an addition to the regulations relating to the informatization of the enforcement proceedings there is also a new solution for real estate register proceedings expressed in Art. 626⁴ CCP, under which the notary, bailiff and the tax office acting as an administrative enforcement authority will be able to submit a request for entry in the real estate register only via the ICT system. This is a direct

result of the computerization of real estate register proceedings and digitalisation of land registers, which are now also available via the Internet.

4. Conclusions

This study mentioned only selected aspects of the informatization on the grounds of Polish civil procedural law. It should be emphasized that those solutions are not the only expressions of the process.

The progressive digitalization of public records and land registers is also not without significance, as it greatly increases the scope of the principle of transparency of these resources and significantly reduces the cost of ongoing maintenance (e.g. in the field of archiving files) and servicing (e.g. radically reduces the number of people with information offices in the traditional form).

At the same time another solutions are being introduced relating to the dissemination of legal information and information about the jurisprudence of common courts and the Supreme Court, by taking the form of Internet portals. An example of this type of portal is the Portal of Jurisprudence of the Common Courts, in which the judgments together with the justifications passed by the courts of law are being published. The judgments are available for free and without the need for prior user registration. The range of published decisions is determined by a panel of judges and does not imply sharing of content covered by the exceptions and irrelevant from the point of view of legal and information values or repeated judgments. All published decisions are first made anonymous, which means that in their contents one will not find any personal information allowing for the identification of the persons whose the judgments concern. This process takes place automatically thanks to an advanced text analysis algorithms. The portal offers a simple as well as advanced searching device.

As indicated in the literature, the new provisions are supposed to contribute to significant savings in the judiciary and improve the efficiency of the courts, as well as improve access to the courts. These include a number of significant changes that should be introduced in the Code

of Civil Procedure, and those apply, among others, to provisions on the form of legal actions, a new definition of a document in civil proceedings, increase access to justice by expanding the catalogue of cases that will be recognized in electronic proceedings and creation of opportunities for submitting pleadings through the ICT system and making the electronic deliveries not only with the use of electronic signatures, but also in ordinary civil proceedings [7, p.169]. Surely this is the direction of change of the civil procedural law, which should be maintained and continued, taking under consideration the solutions, introduction of which is possible in the current stage of development of technology and means of communication at a distance, e.g. application of further electronic proceedings, promotion of the idea of alternative online methods of resolving disputes or expansion of electronic auctions in relation to the real estate.

LIST OF REFERENCES

1. B. Mrugalska, M. Wyrwicka, *Analiza wykorzystania otwartego wspomaganie informatycznego w wielkopolskich urzędach*, in: *Europejska przestrzeń komunikacji elektronicznej*, Vol. 2, Zeszyty Naukowe US, Ekonomiczne Problemy Usług No 105, 2013.
2. J. Gołaczyński, *Elektroniczne postępowanie upominawcze*, Warszawa 2010.
3. https://www.e-sad.gov.pl/Subpage.aspx?page_id=17, 22.01.2016.
4. <https://www.ms.gov.pl/pl/sady-w-internecie/e-protokol/>, 23.01.2016.
5. J. Gołaczyński, *Model informatyzacji postępowania cywilnego w nowym Kodeksie postępowania cywilnego*, in: *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym kodeksie postępowania cywilnego*, eds.: K. Markiewicz, A. Torbus, Warsaw 2014.
6. M. Uliasz, *Informatyzacja postępowania egzekucyjnego*, in: *Informatyzacja postępowania cywilnego*, eds.: K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warsaw 2016.
7. J. Studzińska, *Wybrane kierunki zmian w postępowaniu egzekucyjnym*, in: *Informatyzacja postępowania cywilnego*, eds.: K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warsaw 2016.

Флага-Геружинська Кінга Андріївна ІНФОРМАТИЗАЦІЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ПОЛЬЩІ

У статті розглянуто використання інформаційних технологій у польському цивільному судочинстві. зокрема, зроблено акцент на тому, що такі технології мають добровільний характер, а тому, якщо позивач використовує електронну форму розгляду, відповідач має можливість прийняти рішення про таку форму проведення судового розгляду, а також оскаржити заяву і повернутися до традиційної форми судового розгляду.

Ключові слова: судочинство, інформаційні технології, комп'ютеризація, позов, суд.

Флага-Герушинська Кинга Андреевна ІНФОРМАТИЗАЦІЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ПОЛЬШИ

В статье рассмотрено использование информационных технологий в польском гражданском судопроизводстве. В частности, сделан акцент на том, что такие технологии имеют добровольный характер, а потому, если истец использует электронную форму рассмотрения, ответчик имеет возможность принять решение о такой форме проведения судебного разбирательства, а также обжаловать заявление и вернуться к традиционной форме судебного разбирательства.

Ключевые слова: судопроизводство, информационные технологии, компьютеризация, иск, суд.

УДК 347.919

ВСТАНОВЛЕННЯ СУДОМ ФАКТУ БАТЬКІВСТВА (МАТЕРИНСТВА)

Наукова стаття присвячена дослідженню процесуального порядку розгляду судом справ про встановлення факту батьківства (материнства). На підставі аналізу чинного цивільного процесуального та сімейного законодавства України виокремлено предмет доказування, склад осіб, які беруть участь у таких справах, а також інші особливості процесуальної форми окремого провадження у справах про встановлення факту батьківства (материнства).

Ключові слова: факт батьківства (материнства); факт визнання материнства; окреме провадження; предмет доказування; особи, які беруть участь у справі.

Чи не найголовнішою метою будь-якого шлюбу є продовження роду, що можливе лише шляхом народження дітей. Завдяки такому юридичному факту як народження дитини, виникає такий блок сімейних відносин, як батьківські правовідносини [1, с. 145].

«Батьківство, – пише Х. І. Вонсович, – являє собою різновид відносин спорідненості між людьми, яке виникає на підставі походження дитини від конкретного чоловіка. Батьківство є одночасно і біологічним і соціальним явищем. При цьому перебільшення однієї з цих властивостей на шкоду іншій неприпустимо, оскільки батьківство включає в себе і кровну спорідненість, і весь комплекс соціальних відносин, що складаються між чоловіком і його дитиною, тому по своїй суті батьківство – біосоціальне явище» [2, с. 99]. І з цим не можна не погодитися.

Одним із найбільш поширених способів захисту сімейних прав та інтересів батьків та дітей є встановлення судом факту батьківства (материнства) як підстави виникнення відповідного правовідношення.

Слід зазначити, що у науковій доктрині проблема встановлення факту батьківства (материнства) не є новою. Порядок розгляду і вирішення відповідної категорії сімейних справ досліджували такі вчені, зокрема як: С. С. Бичкова, П. Ф. Єлісейкін, В. В. Комаров, О. А. Мельников, С. Я. Фурса, М. Й. Штефан, М. М. Ясинок та ін. Водночас, розвиток суспільних відносин вносить певні корективи у правову регламентацію зазначених правовідносин, що зумовлює актуальність даної проблематики, а також доцільність і необхідність її подальшої наукової розробки.

Відповідно до ст. ст. 130, 132 Сімейного кодексу України (далі – СК України) факт батьківства (материнства) може бути встановлений за рішенням суду у разі смерті чоловіка, який не перебував у шлюбі з матір'ю дитини (смерті жінки, яка вважала себе матір'ю дитини), якщо запис про батька дитини у Книзі реєстрації народжень проведено за прізвиськом матері, а ім'я та по-батькові батька дитини записані за вказівкою матері (ч. 1 ст. 135 СК України) або запис про матір дитини, батьки якої невідомі,

проведено за рішенням органу опіки та піклування (ч. 2 ст. 135 СК України).

Крім встановлення факту батьківства (материнства), СК України передбачає визнання факту материнства за рішенням суду. Так, відповідно до ст. 131 СК України особа, яка вважає себе матір'ю дитини, може подати до суду заяву про визнання свого материнства, якщо запис про матір дитини, батьки якої невідомі, проведено за рішенням органу опіки та піклування.

Ще одну норму, пов'язану із визначенням походження дитини за рішенням суду, містить частина 1 статті 128 СК України, відповідно до якої за відсутності спільної заяви чоловіка та жінки, які не перебувають у шлюбі між собою, про визначення походження дитини, поданої до органу державної реєстрації актів цивільного стану (далі – орган ДРАЦСу), батьківство щодо такої дитини може бути визнане за рішенням суду за позовом заінтересованої особи.

Таким чином, виходячи з наведених правових норм, можна стверджувати, що захист сімейних прав та інтересів батьків та дітей шляхом встановлення судом відповідного правовідношення може здійснюватися судом у такі способи: 1) встановлення факту батьківства (материнства) (ст. ст. 130, 132 СК України); 2) встановлення факту визнання материнства (ст. 131 СК України); 3) визнання батьківства (ст. 128 СК України).

При цьому, виходячи з юридичної природи указаних сімейних правовідносин, а також формулювання відповідних правових норм, слід зауважити, що захист прав та інтересів батьків та дітей шляхом встановлення факту батьківства (материнства), а також встановлення факту визнання материнства здійснюється судом в порядку окремого провадження, вивідночас, визнання батьківства – провадження позовного.

З огляду на предмет нашого наукової розвідки, зосередимо подальшу увагу на виокремленні специфіки процесуальної форми захисту прав та інтересів батьків та дітей у порядку одного з видів непозовного цивільного судочинства – окремого провадження.

Як було зазначено вище, такими є справи про встановлення факту батьківства (материнства), а також встановлення факту визнання материнства.

Одразу слід звернути увагу на деякі відмінності у правовому регулюванні правових інститутів встановлення факту батьківства (материнства), а також встановлення факту визнання материнства у нині чинному СК України 2002 р. та його правопередників – СК УРСР 1919 р., Законі СРСР «Об утверждении Основ законодательства СССР и союзных республик о браке и семье» від 27 червня 1968 р. та Кодекс про шлюб та сім'ю УРСР 1969 р. (далі – КпШС УРСР).

Зокрема, СК УРСР 1919 р. у ст. ст. 97–98 містив цікаву норму щодо встановлення батьківства, відповідно до якої матері дошлюбної дитини надавалося право ще у період вагітності заявити до органу ДРАЦСу про батька дитини, а названий нею батько мав право протягом двох тижнів порушити судовий спір щодо правильності заяви матері, при чому непорушення такого спору прирівнювалося до визнання батьківства [3, с. 18].

У статті 3 Закону СРСР «Об утверждении Основ законодательства СССР и союзных республик о браке и семье» від 27 червня 1968 р. вже була передбачена можливість встановлення факту визнання батьківства. А саме: відповідно до ст. 3 названого Закону у випадку, якщо дитина народилася до 01.10.1968 р. та її передбачуваний батько помер, і батьківство не може бути оформлено в добровільному порядку, можна встановити в порядку окремого провадження факт визнання батьківства, якщо дитина перебувала на утриманні померлого і померлий визнавав себе батьком дитини. При цьому не мало значення, чи помер передбачуваний батько дитини до чи після 01.10.1968 р. У разі ж, якщо дитина народилася після 01.10.1969 р. у незарєєстрованому шлюбі і передбачуваний батько помер, можна було встановлювати факт батьківства в порядку окремого провадження, якщо батьківство за життя передбачуваного батька не було встановлене в добровільному порядку [4, с. 211–212].

Водночас, КпШС УРСР 1969 р. у правовій нормі, що її містила стаття 53, передбачав встановлення факту визнання батьківства в порядку позовного провадження за заявою одного з батьків або опікуна (піклувальника) дитини, особи, на утриманні якої знаходиться дитина, а також самої дитини після досягнення нею повноліття. При цьому КпШС УРСР 1969 р. у ч. 3 ст. 53 окреслював коло обставин, які могли братися до уваги судом при встановленні відповідного факту. А саме: спільне проживання та ведення спільного господарства матір'ю дитини і відповідачем до народження дитини, або спільне виховання чи утримання ними дитини, або докази, що з достовірністю підтверджують визнання відповідачем батьківства. Встановлення факту визнання материнства КпШС УРСР 1969 р., так само як і Закон СРСР «Об утверждении Основ

законодательства СССР и союзных республик о браке и семье» від 27 червня 1968 р., не передбачав.

Отже, радянське сімейне законодавство регламентувало можливість захисту прав та інтересів батьків та дітей виключно шляхом встановлення факту визнання батьківства, яке здійснювалося до 1969 року в порядку окремого, а після 1969 року – позовного провадження. При цьому законом чітко окреслювалося коло обставин, які входили до предмету доказування у таких справах.

Як слушно зазначає З. В. Ромовська, у зв'язку зі зміною підстав для визнання батьківства судом, змінилися підстави для встановлення факту батьківства, одночасно втратила юридичний сенс заява про встановлення факту визнання батьківства. Тому стаття 130 СК України не містить подібного розмежування: у всіх випадках йдеться про встановлення факту батьківства незалежно від того, чи визнала особа за життя своє батьківство чи не визнала його або навіть взагалі не знала про народження дитини [5, с. 201]. Водночас, як вже зазначалося, СК України передбачає можливість встановлення судом в порядку окремого провадження фактів материнства (ст. 132 СК України), а також визнання материнства (ст. 131 СК України).

Зупинимось детальніше на особливостях процесуальної форми розгляду відповідних категорій сімейних справ.

По-перше, підсудність заяв про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства. Відповідно до ч. 1 ст. 257 СК України заява фізичної особи про встановлення факту, що має юридичне значення, подається до суду за місцем її проживання. При цьому підсудність справ за заявою громадянина України, який проживає за її межами, про встановлення факту, що має юридичне значення, визначається за його клопотанням ухвалою судді Верховного Суду України.

По-друге, склад осіб, які беруть участь у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства, фактично, впливає із суті відповідних норм СК України.

Так, відповідно до ст. 131 СК України заявником у справах про встановлення факту визнання материнства може бути виключно жінка, яка вважає себе матір'ю дитини.

Разом із цим, всупереч імперативній вказівці закону деякі науковці вважають, що заявником у таких справах окрім жінки, яка вважає себе матір'ю дитини, можуть бути й опікун, піклувальник дитини, особа, яка утримує та виховує дитину, а також сама дитина, яка досягла повноліття [6, с. 399].

Такий підхід видається нам не зовсім обґрунтованим, адже у ст. 131 СК України мова йде саме про встановлення факту визнання материнства особою, яка вважає себе матір'ю дитини. Отже, саме особа, яка вважає себе матір'ю дитини, повинна ініціювати відкриття провадження у справі, що свідчитиме,

перш за все, про визнання нею факту свого материнства.

Водночас, у справах про встановлення факту батьківства (материнства) із відповідною заявою до суду можуть звернутися матір (батько) дитини, опікун (піклувальник) дитини, особа, яка її утримує та виховує, а також сама дитина, яка досягла повноліття (п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 3 від 15 травня 2006 року «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів»).

У статтях 130–132 СК України не передбачена можливість встановлення факту батьківства (материнства) особи, яка визнана безвісно відсутньою. Слід погодитися з З. В. Ромовською у тому, що ця прогалина може бути заповнена завдяки застосуванню до відповідної ситуації за аналогією закону норми відповідних статей СК України [5, с. 201].

У цивільному процесуальному статусі заінтересованих осіб, залежно від того, хто виступає заявником, у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства можуть виступати, перш за все, родичі ймовірного батька (матері) дитини, оскільки встановлення факту батьківства (материнства) чи факту визнання материнства за наступною його реєстрацією в органах ДРАЦСу тягне виникнення між ними та дитиною взаємних прав та обов'язків; органи соціального захисту, якщо провадження у справі відкрито з метою отримання пенсії, тощо [7, с. 172].

Заявник та заінтересовані особи у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства можуть здійснювати у суді процесуальні дії як самостійно, так і через представника.

Крім того, у зазначених справах можуть брати участь органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, як-от: прокурор, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи.

Третій аспект, на який слід звернути увагу, досліджуючи процесуальну форму розгляду в порядку окремого провадження справ про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства – предмет та засоби доказування у таких справах.

У юридичній літературі й досі триває дискусія з приводу того, які обставини формують предмет доказування у таких справах, а також нормами якого кодифікованого нормативно-правового акту слід керуватися при визначенні кола таких обставин: КпШС УРСР 1969 р. чи СК України 2002 р.

На погляд більшості вчених, при визначенні кола обставин, які формують предмет доказування у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також

факту визнання материнства необхідно виходити з дати народження дитини, яку слід прив'язувати до дати набрання чинності СК України – 1 січня 2004 року [7, с. 173; 8, с. 75; 9, с. 46; 10, с. 32; 11, с. 162; 12, с. 112]. Відтак, якщо дитина народилася до 1 січня 2004 р., необхідно застосовувати відповідні норми КпШС УРСР 1969 р., беручи до уваги всі докази, що достовірно підтверджують визнання відповідачем батьківства, в їх сукупності, зокрема, спільне проживання й ведення спільного господарства відповідачем та матір'ю дитини до її народження, спільне виховання або утримання ними дитини.

Справи ж про визнання батьківства щодо дитини, яка народилася не раніше 1 січня 2004 р., суд має вирішувати відповідно до норм СК України, зокрема ч. 2 ст. 128, на підставі будь-яких доказів, що засвідчують походження дитини від певної особи й зібрані з дотриманням норм цивільного процесуального законодавства.

З аналогічних мотивів виходить і Пленум Верховного Суду України, який у п. 3 своєї Постанови № 3 від 15 травня 2006 року «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» уточнює, що таке розмежування дії КпШС УРСР 1969 р. та СК України 2002 р. пов'язано із тим, що підстави для визнання батьківства за рішенням суду, зазначені у ст. 128 СК, істотно відрізняються від підстав його встановлення, передбачених у ст. 53 КпШС УРСР.

На наш погляд, при визначенні кола обставин, які формують предмет доказування у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства, необхідно виходити з норм СК України 2002 р., адже КпШС УРСР 1969 р., на відміну від свого правонаступника, не передбачав відповідних правових інститутів. Так, як вже відмічалось, КпШС УРСР 1969 р. у правовій нормі, що її містить ст. 53, регламентував тільки інститут встановлення факту визнання батьківства, процесуальною формою забезпечення якого було позовне провадження. У нині чинному СК України 2002 р. правонаступником зазначеного інституту став інститут визнання батьківства (ст. 128). Таким чином, розмежування дії КпШС УРСР 1969 р. та СК України 2002 р., про яке йдеться у п. 3 Постанови № 3 від 15 травня 2006 року «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів», стосується виключно визнання батьківства, що здійснюється в порядку позовного провадження. Виходячи з того, що КпШС УРСР 1969 р. не передбачав інститутів встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства, при визначенні кола обставин, які формують предмет доказування у таких справах, а також інших обставин, необхідно виходити з норм, закріплених у ст. ст. 130–132 СК України 2002 р.

Відтак, керуючись змістом ст. 130 СК України, можна стверджувати, що предмет доказування у справах про встановлення факту батьківства формують наступні обставини: а) смерть ймовірного батька дитини; б) відсутність зареєстрованого шлюбу між ймовірним батьком дитини та матір'ю дитини; в) проведення запису про батька дитини у Книзі реєстрації народжень за вказівкою матері; г) факт батьківства; д) відсутність спору про право.

Відповідно до ст. 132 СК України предмет доказування у справах про встановлення факту материнства складається із таких обставин: а) смерть ймовірної матері дитини; б) відсутність у дитини батьків (батьки дитини невідомі); в) проведення державної реєстрації народження дитини за рішенням органу опіки та піклування, яким визначається прізвище, власне ім'я, по батькові дитини і відомості про її батьків; г) факт материнства; д) відсутність спору про право.

Водночас, у справах про встановлення факту визнання материнства предмет доказування, виходячи зі змісту ст. 131 СК України, формують: а) факт визнання свого материнства ймовірною матір'ю дитини; б) проведення державної реєстрації народження дитини за рішенням органу опіки та піклування, яким визначається прізвище, власне ім'я, по батькові дитини і відомості про її батьків; в) відсутність спору про право.

Розглянемо ці обставини детальніше.

Отже, по-перше, у справах про встановлення факту батьківства (материнства) суд має встановити факт смерті чоловіка (жінки) – ймовірного батька (матері) дитини. Належним доказом, що підтверджуватиме наявність даного факту, має бути свідоцтво про смерть відповідної особи.

По-друге, у справах про встановлення факту батьківства заявник має довести відсутність зареєстрованого шлюбу між ймовірним батьком дитини та матір'ю дитини, а у справах про встановлення факту материнства – той факт, що батьки дитини невідомі. Підтвердженням першого буде відсутність актового запису про реєстрацію шлюбу між ймовірним батьком дитини та матір'ю дитини; другого – наявність актового запису про проведення державної реєстрації народження дитини за рішенням органу опіки та піклування, яким було визначено прізвище, власне ім'я, по батькові дитини і відомості про батьків.

По-третє, у справах про встановлення факту батьківства необхідно встановити проведення запису про батька дитини у Книзі реєстрації народжень за вказівкою матері, підтвердженням чого буде наявність відповідного актового запису; у справах про встановлення факту материнства, а також встановлення факту визнання материнства – проведення державної реєстрації народження дитини за рішенням органу опіки та піклування, яким визначається прізвище, власне ім'я, по батькові дитини і відомості про її батьків, підтвер-

дженням якого також буде наявність відповідного актового запису.

У практиці є три найпоширеніші випадки, коли державна реєстрація народження дитини проводиться за рішенням органу опіки та піклування. А саме: 1) коли дитина підкинута, знайдена після народження сторонніми особами і передана в дитячий заклад, і батьки її невідомі; 2) мати дитини після народження в пологовому будинку відмовилася від дитини і передала її на повне державне утримання (у цьому випадку мати дитини відома та її дані записуються на підставі медичних документів про народження дитини); 3) мати поступає в пологовий будинок або в лікарню без документів, які посвідчують її особу, і називає або вигадані про себе дані, або дані знайомої, а потім кидає дитину [13, с. 302].

Четверта обставина, яка формує предмет доказування у таких справах – факт батьківства (материнства) у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факт визнання материнства – у одноіменних справах.

Слід зазначити, що батьківство – це соціальний та психологічний стан чоловіка з моменту зачаття і до народження дитини жінкою, а з моменту народження як факт походження дитини від певного чоловіка, що базується на кровній спорідненості між батьком і дитиною, юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в органах ДРАЦСу, що є передумовою виникнення правового статусу батька [14, с. 97–98].

Водночас, материнство є фізіологічним, соціальним та психологічним станом жінки з моменту зачаття і до народження дитини, а з моменту народження як факт походження дитини від певної жінки, що базується на кровній спорідненості між матір'ю і дитиною, юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в органах ДРАЦСу, що є передумовою виникнення правового статусу матері [10, с. 12].

Як відмічається в юридичній літературі, судове встановлення факту батьківства (материнства) допускається, якщо можна говорити про походження дитини від померлого (померлої). Проте оскільки зазначену обставину необхідно встановлювати після смерті одного із суб'єктів ймовірної сім'ї, як правило, у справах окремого провадження про встановлення факту батьківства (материнства) із перерахованих юридичних фактів, за допомогою яких може бути підтверджене походження дитини, доцільно брати до уваги визнання особою свого батьківства (материнства) і утримання дитини за життя [15, с. 134].

Визнання чоловіком (жінкою) свого батьківства (материнства) має виходити безпосередньо від чоловіка, бути усвідомленим, вольовим і підтверджуватися достовірними доказами [16, с. 159]. Дії, які свідчать про визнання батьківства (материнства), завжди повинні бути активними. Пасивна поведінка, мовчання чоловіка (жінки) не може

розглядатися як визнання ним (нею) свого батьківства (материнства) [17, с. 88].

З метою встановлення того, чи дійсно померлий (померла) визнавав (визнавала) себе батьком (матір'ю) дитини, в судовому засіданні можуть бути досліджені різні докази [18, с. 194]. Найбільш часто визнання батьківства підтверджується письмовими доказами (особисте листування померлого (померлої), автобіографії, анкети, у яких зазначено про наявність дітей, тощо) або показаннями свідків. Вбачається, що останні повинні носити конкретний характер: свідки мають пояснити, коли і за яких обставин померлий (померла) визнавав (визнавала) себе батьком (матір'ю) дитини [9, с. 48].

«Крім того, – пише Л. Є. Гузь, – немало-важним фактом у правильному розгляді таких заяв є встановлення знаходження дитини на утриманні померлого батька (матері). Для цього достатньо встановити, що допомога батька, матері носила більш-менш постійний характер і не обмежувалася лише епізодичними подарунками. Хоча таке тлумачення закону не завжди можна визнавати аксіомою. Наприклад, гаданий батько довгий час не знав, що він є батьком дитини, оскільки мати дитини приховувала від нього цей факт. Згодом, дізнавшись, що він є батьком дитини, придбав для нього дороге майно: автомобіль, квартиру, хоча до цього її не утримував, а згодом помер. Цього достатньо для того, щоб встановити факт батьківства» [19, с. 83].

З. В. Ромовська також відмічає, що при встановленні факту батьківства (материнства) суд може брати до уваги участь ймовірного батька (матері) у вихованні дитини, що може підтверджуватися спільним проживанням з дитиною чи спілкуванням із нею, проявом батьківської турботи та уваги [20, с. 68].

Поряд із цим, Л. Є. Гузь піднімає ще одне теоретично-практичне питання: чи можна призначити посмертну судово-генетичну експертизу, якщо зацікавлена особа заперечує кровне походження дитини від гаданого батька (матері)? Закон відповіді на це питання не дає, але і не спростовує таку процесуальну процедуру. Якщо є матеріали для експертного дослідження, то таку експертизу можна провести за клопотанням особи, яка заперечує проти встановлення факту батьківства (материнства) щодо конкретної дитини за походженням [19, с. 83].

Крім того, для призначення порівняльної генетичної експертизи щодо померлих осіб і дитини суд за необхідності може постановити ухвалу про проведення ексгумації тіла покійного з метою відібрання зразків батька (матері). Ексгумація тіла покійного батька чи матері провадиться за обов'язкової участі патологоанатома, експерта з відбору зразків, представників органів місцевого самоврядування, правоохоронних органів, заявника та заінтересованих осіб. При ексгумації складається акт з відбору зразків батька (матері). В подальшому за наявності акту про проведення ексгумації та акту про відібрання зраз-

ків суд своєю ухвалою призначає судово-генетичну експертизу [21, с. 303].

Останньою обставиною, що входить до предмету доказування у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства, є відсутність спору про право. Відповідно до ч. 4 ст. 256 ЦПК України суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо з заяви про встановлення факту, що має юридичне значення, вбачається спір про право, а якщо спір про право буде виявлений під час розгляду справи, – залишає заяву без розгляду.

Переконавшись у наявності обставин, які входять до предмету доказування у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства, суд ухвалює рішення про встановлення відповідних фактів, що мають юридичне значення.

Відповідно до положень ст. 215 ЦПК України рішення суду у справах про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства складається із чотирьох частин: вступної, описової, мотивувальної та резолютивної.

Особливостями змісту у справах про встановлення факту батьківства (материнства) відрізняється резолютивна частина рішення суду, у якій зазначається: прізвище, ім'я, по батькові; час і місце народження; національність; дата смерті особи, яка визнавала себе батьком дитини; прізвище, ім'я, по батькові; час і місце народження дитини; факт знаходження дитини на утриманні померлого та визнання останнім цієї дитини своєю; всі відомості про батька (матір) і саму дитину; обставини, згідно з якими зазначений факт визнається встановленим (спільне проживання та ведення спільного господарства до народження дитини, спільне виховання та утримання дитини) [22, с. 631].

Як визначено у п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 5 «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення» рішення суду про встановлення факту, що має юридичне значення, не замінює собою документів, що видають зазначені органи, а є лише підставою для їх одержання. Відтак, у разі встановлення у судовому порядку факту батьківства (материнства) орган ДРАЦСу має провести відповідний запис на підставі рішення суду.

Відповідно до ч. 1–3 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» державна реєстрація актів цивільного стану проводиться з метою забезпечення реалізації прав фізичної особи та офіційного визнання і підтвердження державою фактів народження фізичної особи та її походження, шлюбу, розірвання шлюбу, зміни імені, смерті. Державна реєстрація актів цивільного стану проводиться шляхом складення актових записів цивільного стану – документів органу державної реєстрації актів цивільного стану, які містять персональні відомості про особу та

підтверджують факт проведення державної реєстрації акту цивільного стану.

Порядок внесення змін до актових записів цивільного стану регулюється Правилами внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання, затверджених Наказом Міністерства юстиції України № 96/5 від 12 січня 2011 року (далі – Правила внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання).

На підставі рішення суду про внесення змін, доповнень або виправлень в актові записи цивільного стану вносяться відповідні зміни, які зазначені в рішенні суду. Зокрема, на підставі рішення суду про встановлення факту батьківства (материнства) в актовому записі про народження змінюються відомості про батька (матір) та вносяться пов'язані з цим інші зміни.

При поданні до відділу ДРАЦСу рішення іноземного суду про внесення змін, поновлення, анулювання актових записів цивільного стану питання про його виконання вирішується згідно з чинним законодавством України та з урахуванням вимог міжнародних договорів України про надання правової допомоги, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (п. 1.13 Правил внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання).

У разі, якщо актовий запис цивільного стану, до якого необхідно внести зміни у зв'язку з встановленням фактів батьківства (материнства), факту визнання материнства, а також доповненням і виправленням відомостей, що в ньому містяться, було складено компетентним органом іноземної держави, з якою Україною не укладено договору про правову допомогу та правові відносини у цивільних і сімейних справах, або якщо законодавством іноземної держави встановлено інший порядок внесення змін, відмінний від передбаченого законодавством України, або неможливості його направлення органами іноземної держави (стихийне лихо, військові дії тощо), що підтверджується відповідними документами, актовий запис цивільного стану попередньо поновлюється відділом ДРАЦСу за місцем проживання заявника. Про поновлення актового запису цивільного стану та внесення до нього відповідних змін повідомляється компетентному органу іноземної держави (2.28 Правил внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання).

Відповідно до п. 2.22 Правил внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання після внесення змін до актового запису цивільного стану заявнику повторно видається або надсилається для вручення до відділу ДРАЦСу за місцем його проживання свідоцтво про державну реєстрацію акту цивільного стану. На свідоцтві просявляється штамп «Повторно». Свідоцтво про державну реєстрацію, подане заявником для внесення змін, анулюється та знищується у встановленому порядку.

Таким чином, у межах цієї наукової розвідки ми виокремили деякі особливості процесуальної форми розгляду судом справ про встановлення факту батьківства (материнства), а також факту визнання материнства. Із наведеного, вбачається, що основна увага суду у таких справах має бути спрямована на чітке визначення кола обставин, які формують предмет доказування, підтверджених належними та допустимими доказами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ватрас В. А. Батьки та діти як суб'єкти сімейних правовідносин / В. А. Ватрас // Університетські наукові записки. – 2008. – № 4 (28). – С. 145–159.
2. Вонсович Х. І. Презумпція шлюбного походження дитини / Х. І. Вонсович // Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». – 2014. – № 1. – С. 92–101.
3. Матвеев Г. К. История семейно-брачного законодательства Украинской ССР / Г. К. Матвеев. – К. : Изд-во Киев. ун-та, 1960. – 247 с.
4. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / [Ківалов С. В., Червоний Ю. С., Волосатий Г. С. та ін.]; за ред. Ю. С. Червоного. – К. ; О. : Юрінком Інтер, 2008. – 504 с.
5. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : наук.-практ. коментар : зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2008 р. / З. В. Ромовська. – [Вид. 3-те, переробл. і допов.]. – К. : Правова єдність, 2009. – 428 с.
6. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / [Жилінкова І. В., Антошкіна В. К., Д'ячкова Н. А., Москалюк В. Ю. та ін.]; за ред. І. В. Жилінкової. – К., 2008. – 855 с.
7. Процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел в суде : [учеб. пособ.] / В. М. Агашин, Н. И. Газетдинов, П. В. Емикеев и др. ; науч. ред. Я. Ф. Фархатдинов. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1989. – 245 с.
8. Фурса С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України : [навч. посіб.] / С. Я. Фурса. – К. : Вид-во Київ. ун-ту, 1999. – 309 с.
9. Чудиновская Н. А. Установление юридических фактов в гражданском и арбитражном процессе / Н. А. Чудиновская. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 90 с.
10. Ганкевич О. М. Судочинство у справах про визнання батьківства, материнства та його оспорування : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право» / О. М. Ганкевич. – Івано-Франківськ, 2015. – 20 с.
11. Красицька Л. В. Встановлення факту материнства та визнання материнства як способи захисту сімейних прав матері та дитини / Л. В. Красицька // Правничий часопис Донецького університету. – 2013. – № 1. – С. 159–167.
12. Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про ефективний судовий захист прав дітей відповідно до європейських стандартів / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Університетські наукові записки. – 2013. – № 4 (48). – С. 110–116.

13. Гузь Л. Є. Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Л. Є. Гузь, А. В. Гузь. – Х. : Фактор, 2011. – 576 с.
14. Ганкевич О. М. Поняття батьківства та материнства у сімейно-правовій доктрині / О. М. Ганкевич // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2014. – Вип. 36. – С. 89–99.
15. Семейное право / [Б. Б. Базарбаев, Ю. Г. Басин, А. Г. Диденко и др.] ; под ред. А. И. Беспаловой, У. К. Ихсанова. – Алма-Ата : Мектеп, 1984. – 248 с.
16. Матвеев Г. К. Советское семейное право / Г. К. Матвеев. – М. : Юрид. лит., 1978. – 239 с.
17. Яковлева Г. В. Охрана прав незамужней матери / Г. В. Яковлева. – Минск : Изд-во БГУ, 1979. – 120 с.
18. Антокольская М. В. Семейное право : [учеб.] / М. В. Антокольская. – М. : Юрист, 1997. – 366 с.
19. Гузь Л. Є. Захист прав та інтересів дітей (правовий аспект) / Л. Є. Гузь. – Х. : Фактор, 2011. – 464 с.
20. Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве / З. В. Ромовская. – Л. : Вища школа, 1985. – 180 с.
21. Ясинок М. М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України: теорія та практика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. М. Ясинок. – О., 2011. – 420 арк.
22. Цивільний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар / [Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, В. В. Васильченко та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитоновой, В. В. Васильченка, Н. Ю. Голубевої. – Х. : Одиссей, 2009. – 952 с.

Чурпита Анна Викторовна
УСТАНОВЛЕНИЕ СУДОМ ФАКТА ОТЦОВСТВА (МАТЕРИНСТВА)

Научная статья посвящена исследованию процессуального порядка рассмотрения судом дел об установлении факта отцовства (материнства). На основании анализа действующего гражданского процессуального и семейного законодательства Украины выделены предмет доказывания, состав лиц, участвующих в таких делах, а также другие особенности процессуальной формы особого производства по делам об установлении факта отцовства (материнства).

Ключевые слова: факт отцовства (материнства); факт признания материнства; особое производство; предмет доказывания; лица, участвующие в деле.

Churpita Anna
ESTABLISHMENT OF THE FACT BY COURT OF PATERNITY (MOTHERHOOD)

The scientific article is devoted to research of procedural order of legal proceedings of court cases to establish the fact of paternity (maternity). On the basis of current civil procedure and family law of Ukraine the fact in proof, the party to a cases and other features procedural form of special proceedings to establish the fact of paternity (maternity) are allocated.

Keywords: the fact of paternity (maternity); the fact of recognition of maternity; special proceedings; the fact in proof; the party to a cases.

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Мальський Маркіян Маркіянович,
кандидат юридичних наук, адвокат

УДК 347.9

ПРО ПРОЕКТ ГЛОБАЛЬНОГО КОДЕКСУ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ЙОГО РОЛЬ У ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОМУ ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ

У статті розглянуто та проаналізовано Глобальний кодекс виконавчого провадження. У статті описується зміст статей Глобального кодексу з частковим проведенням їх аналізу та проаналізовано можливість впливу Глобального кодексу на транснаціональний виконавчий процес.

Ключові слова: виконавче провадження, роль судів у виконавчому провадженні, міжнародне приватне право, транснаціональне виконавче провадження, транснаціональний виконавчий процес.

До уваги пропонується проаналізувати основоположні засади здійснення виконавчого провадження згідно проекту Глобального кодексу виконавчого провадження, який протягом тривалого часу розроблявся Науковою радою міжнародного союзу судових виконавців (UINJ). Міжнародний союз судових виконавців було засновано у 1952 році. Станом на сьогодні до його складу входять 85 держав з чотирьох континентів, що є представниками різних правових систем та правових традицій. Діяльність союзу спрямована на розвиток ідей, проектів та ініціатив, що сприятимуть розвитку незалежного статусу судових виконавців. UINJ є членом Економічної та Соціальної Ради Організації Об'єднаних Націй, а також постійним членом – наглядачем Європейської комісії з ефективності правосуддя (CEPEJ) Ради Європи. Кожних три роки UINJ організовує Всесвітній конгрес, на якому аналізуються проблеми та особливості подальшого розвитку. Зокрема, питання, що стосуються виконавчого права, обговорювались на 19 Всесвітньому Конгресі у Вашингтоні (США), 20 Всесвітньому Конгресі у Марселі (Франція) та 21 Всесвітньому Конгресі в Кейптауні (ПАР) [1, с. 20]. В ході підготовки проекту Кодексу необхідно було опрацювати широкий масив інформації та проаналізувати існуючі проблеми у системі виконання судових рішень у різних країнах та у різних правових системах. Склад Наукової Ради UINJ дозволив отримати повну картину, оскільки від кожного учасника вимагалось здійснити вивчення виконання судових рішень, яка діє в сусідній країні з тим, щоб дослідження було присвячене суттєвим аспектам правових систем [1, с. 26].

Таким чином проведена робота та детальний аналіз дозволили членам UINJ сформулювати комплексне уявлення про спільні та відмінні риси здійснення виконавчих дій на території різних держав, виокремити спільні аспекти та зрозуміти критичні відмінності у здійсненні виконавчих дій у різних країнах

світу, так само як зрозуміти, які фактори сучасного суспільства найбільш важливо врахувати для розробки Глобального Кодексу.

Необхідність підготовки та розробки такого кодексу сформувалась в силу сучасних умов здійснення економічної діяльності у світі, а також невід'ємним фактором, який змусив не лише науковців, а й практиків замислитись над розробкою єдиних правил здійснення виконавчих дій є стрімкий розвиток економіки, що в свою чергу призвело до посилення транснаціонального співробітництва в різних галузях економіки. Окремо варто зазначити, що міжнародними організаціями неодноразово зазначалось, що саме ефективне виконавче право відіграє вирішальну роль в здійсненні ефективної діяльності в умовах сучасних ринкових та економічних реалій. Ефективність виконання судових рішень є одним з ключових факторів, на який іноземні інвестори звертають увагу, при вирішенні питання здійснення інвестицій в ту чи іншу країну.

Глобальний кодекс примусового виконання забезпечує можливість модернізації структур примусового виконання, їх адаптації до сучасних економічних та соціальних відносин. Це процес гармонізації відмінностей, зниження рівня розбіжностей при збереженні «багатокультурного характеру примусового виконання».

Основними новелами, які закріплені в Глобальному кодексі є:

1. *Новий баланс між інтересами стягувача та захистом фундаментальних прав боржника.*

2. *Кодекс надає сучасні концепції, такі як виконання процедур примирення під час виконавчого провадження та «м'яке» примусове виконання. Які визначають участь боржника в процедурах примусового виконання.*

3. *Кодекс передбачає використання інноваційних технологій в цілях модернізації методів примусового виконання.*

4. Кодекс відповідає сучасним економічним факторам: право на ефективну реалізацію виконавчих документів є фактором розвитку в світі соціально відповідальної економіки [1, с. 26-27].

Також варто зазначити, що Глобальний Кодекс сприяє укріпленню правової визначеності та верховенства права, оскільки:

- виконання судових рішень є суттєвим принципом функціонування держави, заснованої на верховенстві права;
- ефективне примусове виконання сприяє правовій визначеності;
- для всіх держав право на реалізацію виконавчих документів повинно бути кваліфіковано як таке, яке належить до основних прав людини і як фундаментальне право.

Виходячи з наведеного вище, для розуміння специфіки Глобального кодексу виконавчого провадження доцільно надати короткий опис та характеристику Розділів, які містяться у ньому.

Частина 1. Фундаментальні принципи.

– *Стаття 1. Фундаментальне право на виконання*

– *Стаття 2. Боржник відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном*

– *Стаття 3. Виконавчі документи*

– *Стаття 4. Негайний характер примусового виконання*

– *Стаття 5. Витрати на примусове виконання*

– *Стаття 6. Терміни виконання*

– *Стаття 7. Тривалість робочого часу*

– *Стаття 8. Вчинення виконавчих дій та виконання виконавчих документів*

– *Стаття 9. Доступ до інформації*

– *Стаття 10. Альтернативне або «часткове» виконання*

– *Стаття 11. Відновлення платоспроможності боржника*

– *Стаття 12. Використання нових технологій*

– *Стаття 13. Співпраця правоохоронних органів*

– *Стаття 14. Прозорість*

– *Стаття 15. Екстериторіальність*

В даному Розділі закріплено право на виконання судових рішень як фундаментальне право (Стаття 1). Якщо принцип верховенства права передбачає, що всі особи, які беруть участь у справі, повинні бути вповненими в судовій системі, то процедура примусового виконання повинна бути ефективною та справедливою [1, с. 36]. Статтею 2 передбачена відповідальність боржника нести відповідальність по боргах усім своїм майном, де б воно не було розташоване, а також встановлено можливість декларування майна та застосування відповідних санкцій на рівні національного законодавства. Важливо відзначити, що стосовно Статті 3 згідно з рекомендаціями Ради Європи від 9 вересня 2003 року було висунуто зауваження, що виконавчі документи повинні бути складені в зрозумілій та простій формі, не залишаючи можливості для неправильної їх інтерпретації [1, с.43]. Вважа-

ємо таке зауваження особливо доцільним, з огляду на те, що при процедурі примусового виконання рішень, особам, уповноваженими на примусове виконання, не доведеться звертатись до уповноважених органів за додатковими роз'ясненнями, що у свою чергу прискорить виконання рішення суду чи іншого юрисдикційного органу. Згідно Статті 4 бенефіціар судового рішення, яке підлягає примусовому виконанню, не повинен звертатись до інших юридичних процедур в цілях виконання судового рішення. Таким чином на всіх стадіях вчинення виконавчих дій повинен бути запроваджений, зокрема на законодавчому рівні держав, такий механізм їх виконання, який буде найбільш ефективним з точки зору мінімізації зусиль стягувача, щодо вчинення виконавчих дій на його користь. Згідно Статті 5 на держави покладено обов'язок забезпечувати стабільність, передбачуваність та розумність витрат на примусове виконання. Так, за Керівними принципами СЕПЕЖ від 17 грудня 2009 року, чіткі та прогнозовані витрати на виконавче провадження є умовою гарантії прозорості витрат на виконання [1, с. 49]. Статтею 6 встановлено вимогу про те, що виконавче провадження повинно бути здійснене у «розумні терміни». Згідно з керівними принципами СЕПЕЖ обов'язок у визначенні розумних термінів, залежно від природи справи і виду необхідних виконавчих дій несе саме держава [1, с. 53]. Згідно Статті 7 вчинення виконавчих дій не може відбуватись в позаробочий час, який визначається на рівні національного законодавства. Така норма забезпечує захист Боржника в аспекті охорони сімейного життя особи. Окремим захистом Боржника згідно Статті 8 можна вважати те, що Боржник повинен бути проінформований про кожну виконавчу дію. Статтею 9 передбачено, що на усі органи та інститути (приватної та публічного сфери) покладено обов'язок надавати відповідно уповноваженим особам інформацію стосовно активів боржника. Ефективним на наш погляд також видається підхід, закріплений у Статті 10, яка регламентує можливість обов'язкової участі сторін під час здійснення виконавчого провадження. Статтею 11 визначено, що в цілях необхідності відновлення платоспроможності боржника, державами повинні передбачатись процедури, які допомагають врегулювати його обов'язки (наприклад, за рахунок створення швидкої процедури, яка дозволяє своєчасно сплатити борг і припинити його діяльність таким чином, щоб боржник згодом міг знову використати свій підприємницький потенціал [1, с.64]). Також згідно Статті 12 пропонується використовувати доступні засоби нових технологій під час здійснення виконавчих дій. Статтею 13 передбачено цілком логічну співпрацю правоохоронних органів та осіб, уповноважених на вчинення виконавчих дій. Відповідно до приписів Статті 14 держави повинні інформувати громадськість про міри примусового виконання. Статтею 15 визначається, що у випадку, якщо будь-яка міра, яка має екстериторіальний ефект, може

здійснюватися лише відповідно уповноваженою особою на території тієї держави, де такі дії здійснюватимуться.

Загалом перша частина містить набір норм, які мають загальний характер та можуть, на нашу думку, бути безперешкодно імплементовані на національному рівні.

Частина 2 Судові виконавці та особи, уповноважені на здійснення Виконавчих дій

– Стаття 16. Спеціалізація судових виконавців та інших осіб, уповноважених на примусове виконання

– Стаття 17. Обов'язки особи, уповноваженої на примусове виконання

– Стаття 18. Професійний статус осіб, уповноважених на примусове виконання

– Стаття 19. Професійна етика

– Стаття 20. Професійна дисципліна

– Стаття 21. Додаткова діяльність

Друга частина присвячена повноваженням судових виконавців та інших осіб, уповноважених на здійснення виконавчих дій. Зокрема, Стаття 16 визначає, що лише судовий виконавець або інша особа, уповноважена державою, має право здійснювати процедури виконавчого провадження згідно з нормами національного законодавства [1, с. 70]. В Статті 17 закріплений, поміж іншого, обов'язок осіб, що здійснюють процедури виконавчого провадження дотримуватись професійної таємниці. Стаття 18 закріплює обов'язок осіб, що здійснюють виконавче провадження, проходити першочергову підготовку та закріплює таким чином вимогу стосовно того, що особи, які вправі здійснювати примусове виконання, повинні мати регламентований професійний статус, який гарантує якісне виконання своїх обов'язків, у зв'язку з високим рівнем юридичної кваліфікації. Стаття 18 закріплює обов'язок володіти певною кваліфікацією незалежно від приватноправової чи державної приналежності осіб, що здійснюють виконавче провадження. Вважаємо, що така регламентована вимога, закріплена у законодавстві відповідної країни, в першу чергу сприятиме підвищенню якості проведення виконавчих дій і як наслідок – їх ефективності. Статтями 19 та 20 Кодексу закріплені вимоги стосовно професійної етики та професійної дисципліни. Особливої уваги заслуговує Стаття 21, якою визначається можливість судового виконавця чи іншої особи, що уповноважена здійснювати виконавчі дії, здійснювати додаткову діяльність, що може бути поєднана з їх посадою. Зокрема, такі особи повинні бути уповноважені на виконання процедури примирення при стягненні боргів. Тим не менш, у рекомендаціях Ради Європи від 9 вересня 2003 року зазначалось, що обов'язки та повноваження осіб, уповноважених на здійснення виконавчих дій, повинні бути чітко відокремлені від судових [1, с. 72]. Таким чином, хоч у статті і презюмується можливість розширення повноважень виконавця судових рішень, якщо це можливо поєднувати з його діяльністю, однак, з Рекомендацій Ради Європи робимо висновок про те, що чи

то розширення повноважень, чи здійснення додаткової діяльності не повинно перетинатись з повноваженнями, які надані іншим органами влади, в даному випадку – судовим. На доповнення до Рекомендацій Ради Європи у «Керівних принципах примусового виконання СЕРЕЖ від 17 грудня 2009 року» зазначається, що особи, відповідальні за вчинення виконавчих дій, можуть здійснювати додаткову діяльність, яка сумісна з їхніми посадовими обов'язками, та яка сприятиме прискоренню судового процесу та розгрукці судів [1, с. 74].

Частина 3. Судові органи

– Стаття 22. Роль суддів

– Стаття 23. Тимчасові рамки примусового виконання

– Стаття 24. Координація діяльності судового виконавця чи іншої особи, уповноваженої на примусове виконання

Цей розділ Глобального кодексу присвячено питанням компетенції та повноважень суду та суддів. У статті 22 закладено імперативну норму, згідно з якою лише суд вправі вирішувати спори, що виникають у ході здійснення виконавчого провадження та вправі застосовувати заходи на вимогу сторін або ж особи, відповідальної за здійснення виконавчого провадження. Суд, до якого боржник, третя особа, судовий виконавець, або інша особа, яка є уповноваженою на примусове виконання, звертається з заявою, має право відкласти або відмінити застосовані міри примусового виконання, проте, повинні вказати обґрунтовані причини такої заяви. У Статті 23 закріплюється можливість зміни суддею термінів виконавчого провадження і відтермінування примусового виконання. Вважаємо за доцільне звернути увагу на те, що імплементація даної норми на рівні національного законодавства певної країни може наштовхнутись на певні колізії. До прикладу: як повинно співвідноситись зупинення виконавчого провадження, особою, яка здійснює виконавчі дії у силу об'єктивних факторів, які спонукають до таких дій (як наслідок терміни виконавчого провадження і безпосередньо виконавчих дій зтягаються в часі), з виключною компетенцією суду на зміну термінів виконавчого провадження. Чи необхідно таким чином, особам, що здійснюють виконавче провадження, звертатись до відповідного суду за дозволом на зупинення виконавчих дій, що неминуче призводить до змін у термінах виконавчого провадження. Вважаємо за доцільне співвідносити цю статтю з поняттям «розумних термінів здійснення виконавчого провадження» та розмежовувати на законодавчому рівні поняття об'єктивного продовження строків здійснення виконавчого провадження та поняття судового продовження строків такого виконання у зв'язку з рядом інших підстав таких як, наприклад: навмисне зтягування виконавчого провадження особами, які відповідальні за вчинення виконавчих дій, чи, наприклад, новоявлених обставин в ході здійснення виконавчого провадження. Особливої уваги заслуговує Стаття 24, яка закріплює факт координації

вчинення виконавчих дій суб'єктами, що не є державними службовцями, під керівництвом державного обвинувача, який вправі, якщо це передбачено, вимагати від таких осіб співпраці. Також в даній статті закріплено положення про те, що такий обвинувач приймає усі скарги, подані у ході здійснення виконавчого провадження. Дана норма є надважливою, особливо у розмежуванні підпорядкованості та підзвітності приватних та державних виконавців та встановлення якісного контролю над вчиненням виконавчих дій останніми. Така норма, також закріплює порядок державного контролю над всіма типами вчинення виконавчих дій в залежності від суб'єкта виконання, який наділений державним або ж приватно-правовим статусом.

Частина 4. Основні принципи застосування мір примусового виконання

– *Стаття 25. Майно, на яке не може бути звернуто стягнення*

– *Стаття 26. Імунітет*

– *Стаття 27. Співрозмірність мір примусового виконання*

– *Стаття 28. Автономія судового виконавця чи іншої особи, уповноваженої на примусове виконання.*

– *Стаття 29. Гнучкість мір примусового виконання*

– *Стаття 30. Гнучкість процедури примусового виконання в залежності від природи майна*

– *Стаття 31. Виконання в натурі*

– *Стаття 32. Обмеження особистих прав боржника чи його сім'ї*

Стаття 25 закріплює норму щодо неможливості звернення стягнення на певні види майна боржника, а також на певні суми, що є на його банківських рахунках з метою забезпечення можливості його існування. Згідно з регламентом ЄС 655/2014 [1, с. 81] визначення сум, на які не може бути повернуто стягнення, є виключною компетенцією держави-учасника, на території якої здійснюється примусове виконання. Таким чином дана норма встановлює гарантії особи-боржника на збереження засобів для життя у ході здійснення виконавчого провадження, а також передбачається, право держав на встановлення сум, на які не може бути повернуто стягнення. Статтею 26 встановлено, що питання імунітету вирішується державами на національному рівні. Статтею 27 передбачається те, що заходи примусового виконання повинні бути співрозмірними об'єму вимог стягувача. Проте, у випадку зловживання правом, на стягувача може бути покладено обов'язок по відшкодуванню збитків. При аналізі цієї статті залишається відкритим запитання у чій компетенції (суду чи безпосередньо особи, що уповноважена на здійснення виконавчих дій) залишається визначення самої співрозмірності. Статтею 28 передбачено, що особа, уповноважена на вчинення виконавчих дій автономно визначає і застосовує лише ті міри та заходи, які в найбільшій мірі відповідають інтересам стягувача та правам боржника. Таким чином,

передбачається як захист інтересів стягувача, так і захист основоположних прав боржника, що також закріплено у Статті 29. Останньою передбачено вимогу до держав, які повинні на національному рівні законодавчо закріпити ряд різноманітних процедур здійснення виконавчого провадження, з метою забезпечення особи, що здійснюватиме виконавчі дії, можливістю обрати саме ту процедуру, яка найбільш повно відповідає вимогам конкретної справи. Таке нормативне закріплення різноманіття заходів примусового виконання є надзвичайно актуальним для транснаціонально виконавчого провадження, в ході якого стягувачеві, що є резидентом однієї держави, необхідно отримати певний результат від проведення виконавчих дій, особами, уповноваженими на це, на території іншої держави. Однак, на практиці засоби та процедури, які діють на території держави, де проводитимуться виконавчі дії не завжди співвідносяться з інтересами стягувача в силу відсутності гнучкості процедури здійснення виконавчих дій відповідно до законодавства такої держави. Стаття 30 доповнює Статтю 29, оскільки в ній передбачено гнучкість вчинення виконавчих дій в залежності від типу майна, на яке звертається стягнення. Статтею 31 передбачено вимогу до судді встановити міру примусу разом з винесенням судового рішення у разі, якщо він передбачає виконання чи невиконання такого рішення. Статтею 32 передбачені гарантії недоторканості членів сім'ї боржника та особлива увага надається пріоритету інтересів дитини, чії права повинні захищатись відповідно до норм, закріплених у міжнародних конвенціях.

Частина 5 Основні принципи застосування забезпечувальних заходів

– *Стаття 33. Право на забезпечувальні або тимчасові заходи*

– *Стаття 34. Процедура*

Хоча назва цього розділу глобального кодексу містить відсилання до закріплених принципів, на нашу думку, дві статті, які містяться у цій частині варто також віднести до закріпленні компетенції суду у ході здійснення виконавчих дій. Зокрема Стаття 33 передбачає право звернутись до суду для вжиття заходів забезпечення у разі надання доказів про наявність загрози невиконання вимог. За стягувачем, який володіє виконавчим документом, закріплено можливість звернення з проханням вжиття забезпечувальних заходів без дозволу суду. Відкритим залишається питання виконання процедури здійснення заходів забезпечення судом однієї держави, в той час як дії стосовно таких забезпечувальних заходів повинні виконуватись на території іншої держави. Якщо в Європейському Союзі вчинення таких дій регламентовано внутрішніми актами, що діють на території Союзу, то у ситуації з іншими державами вирішення питань імплементації та повноважень суду до застосування забезпечувальних заходів на території іншої держави матимуть проблемний характер. Стаття 34 передбачає регулювання

трьох аспектів, які полягають у наступному: А) Невідкладна процедура виконання рішень повинна бути встановлена таким чином, щоб в суду залишалась можливість встановлення заходів забезпечення. Дія заходів, повинна бути обмеженою в часі; Б) Процедура з використання заходів забезпечення, або тимчасових заходів не повинна бути змагальною. Особа по відношенні до якої встановлюється міра, має право оспорити її, використовуючи спрощені засоби звернення до суду; В) Якщо на думку суду, міра яка використовується є не обґрунтованою, сторона, яка звернулася до суду, і домоглась використання цієї міри, повинна повністю відшкодувати збитки іншій стороні.

Висновки: виходячи з викладеного матеріалу та короткого аналізу, що наведений у цій статті вважаємо, що Глобальний кодекс може слугувати для держав джерелом, яке містить два види норм:

– **Імперативного характеру** – це ті норми, які безпосередньо закріплені на законодавчому рівні держав, або закріплення яких на національному рівні не складає труднощів, а є лише питанням необхідності їх закріплення;

– **Рекомендаційного характеру** – це ті норми, закріпити чи втілити які на національному рівні законодавства видається складним, або запровадження та втілення яких вимагає доволі тривалого часу, що пов'язано з необхідністю реформування інститутів виконавчого провадження в цілому.

Окремо слід зазначити, що у процесі стрімкого розвитку суспільства прийняття Глобального кодексу виконавчого прова-

дження відіграє надзвичайно важливу роль у процесі як загальної глобалізації суспільства, так і наближення до розробки загальних міжнародно-правових норм регулювання здійснення виконавчих дій в умовах транснаціонального виконавчого провадження, які є критично необхідними для проведення справді ефективних та своєчасних виконавчих дій в сучасному суспільстві. Це у свою чергу сприятиме розвитку забезпечення гарантій якісного виконання судових рішень, а як наслідок – захисту прав стягувача незалежно від країни вчинення виконавчих дій на його користь. Глобальний кодекс також може використовуватись як модель законодавства для тих держав, які уже реформують, або мають на меті реформувати законодавство, що регулює виконавче провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Глобальный кодекс принудительного исполнения / Пер. с англ. и комментарий А.А. Парфенчиковой. – М.: Статут, 2016;
2. Рекомендація № Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання (ухвалена Комітетом Міністрів 9 вересня 2003 року на 851-му засіданні заступників міністрів) [Електронний ресурс] / Режим доступу: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df135;
3. Керівні принципи примусового виконання СЕРЕJ від 17 грудня 2009 року, ухвалені СЕРЕJ на 14 пленарному засіданні, [Електронний ресурс] / Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1565277&direct=true>.

Мальский Маркиян Маркиянович

О ПРОЕКТЕ ГЛОБАЛЬНОГО КОДЕКСА ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА И ЕГО РОЛЬ В ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОМ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

В статье рассмотрены и проанализированы Глобальный кодекс исполнительного производства. В статье описывается содержание статей Глобально кодекса с частичным проведением их анализа и проанализирована возможность влияния Глобального кодекса на транснациональный исполнительный процесс.

Ключевые слова: исполнительное производство, роль судов в исполнительном производстве, международное частное право, транснациональное исполнительное производство, транснациональный исполнительный процесс.

Malskyy Markiyan

ON PROJECT OF GLOBAL CODE OF ENFORCEMENT PROCEEDING AND ITS ROLE IN TRANSNATIONAL ENFORCEMENT PROCESS

The Article discusses and analyzes the Global Code of Enforcement Proceeding. The article describes the content of the Global Code of Enforcement Proceeding with its partial analysis, as well as analyses the possible impact of the Global Code on the transnational enforcement process.

Keywords: enforcement proceeding, the role of courts in the enforcement proceeding, international private law, transnational enforcement proceeding, transnational enforcement process.

УДК 347.9

ПРИМИРЕННЯ СТОРІН У ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ ТА ПОСЕРЕДНИЦТВО: СПІРНІ ПИТАННЯ

У статті проведено аналіз родових понять «примирення сторін», «примирювальної процедури» у виконавчому процесі, виділено види примирювальних процедур залежно від суб'єктів їх здійснення, визначено співвідношення примирювальних процедур та медіації. Визначено основні ознаки посередництва та розглянуто медіативні техніки та технології, що використовуються при проведенні медіації, окреслено перспективи застосування медіації під час виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб).

Ключові слова: примирення сторін, примирювальні процедури, примиритель, посередництво, медіатор, медіація, виконавчий процес.

Постановка проблеми. Вибір найбільш прийняттого варіанту врегулювання конфлікту, виходячи з конкретної ситуації, виступає гарантією ефективного захисту прав суб'єктів виконавчого процесу, що зумовлюється посиленою увагою до розвитку та вдосконалення вже давно відомих процедур, спрямованих на поновлення мирних відносин між стягувачем та боржником з ініціативи сторін конфлікту, так і використанням іноваційних технологій посередництва (медіації).

Порівняно з процедурою мирової угоди, яка відома у цивільному процесі ще з дореволюційного періоду, медіація в Україні є справою майбутнього. Не зважаючи на відсутність спеціального Закону України «Про медіацію», який би визначав засади, принципи та порядок проведення медіації, статус медіатора тощо, ґрунтовні наукові дослідження у сфері медіації активно ведуться у різних напрямках, що надає можливість з'ясувати її роль та специфіку застосування в певній сфері.

У контексті з'ясування можливості та доцільності застосування медіації при виконанні рішень судів та інших органів (посадових осіб), варто зазначити, що для застосування медіації у виконавчому процесі відсутні будь-які перешкоди. Більше того, потенціал медіації (посередництва) є недооціненим для цілей виконавчого процесу, а тому запровадження правових засад медіації в Україні дозволить не лише удосконалити існуючі способи та методи, спрямовані на гарантування реального виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб), але й спрогнозувати перспективи застосування нових процедур, які здатні розширити процесуальні можливості сторін виконавчого процесу шляхом врахування інтересів як стягувача, так і боржника.

Вагомість медіації при здійсненні виконавчого процесу уявляється у заповненні законодавчих прогалин шляхом сприяння вирішенню питань, які не охоплюються наявними виконавчими процедурами, зокрема процедурою

мирової угоди в разі виходу сторонами за межі умов мирової угоди тощо.

Аналіз останніх досліджень. Проблема тиці примирювальних процедур у цивільному процесі присвячені праці І. Захарьянцевой, О. Здрок, С. Лазарева, М. Рожкової, Т. Сахнової, різні аспекти медіації вивчалися Д. Єлісєєвим, С. Калашніковою, В. Лисиціним, О. Носіревою.

Не зважаючи на те, що в радянський та пострадянський період мирова угода була предметом дослідження вчених-процесуалістів, однак переважно вивчалися такі її аспекти, як природа мирової угоди, умови її укладання сторонами, порядок виконання, залишаючи поза увагою контекст примирення сторін, що є вагомим чинником окреслення зв'язку мирової угоди та примирювальних процедур, а також є одним з критеріїв віднесення певних засобів вирішення конфлікту до категорії «примирювальних процедур».

Виклад основного матеріалу. Саме з категорією «примирювальних процедур» пов'язується подальший розвиток процедури мирової угоди у цивільному процесі, що викликає необхідність визначення її змісту та значення у понятійному апараті з метою стійкого та однозначного розуміння об'єкта, що вивчається.

Дійсно, мирова угода відповідає всім системним ознакам процедури: їй властива правова самостійність: за змістом, об'єктом, формою. Як правовий феномен, процедура завжди характеризується умовною відокремленістю та закінченістю правового регулювання, спрямовується на досягнення очікуваного результату. Будучи реалізованою у виконавчому процесі, мирова угода, укладена у процесі виконання, характеризується ознаками виконавчої процедури [1]. Це означає, що процедура укладення мирової угоди між стягувачем та боржником відбувається за правилами, визначеними чинним процесуальним законодавством та законодавством про виконавче провадження, визнання мирової угоди

здійснюється в судовому засіданні з викликом сторін виконавчого процесу, при цьому суд перевіряє законність умов укладеної угоди та відповідність її вимогам закону, та постановляє ухвалу про визнання (затвердження) мирової угоди, процесуальними наслідками якої є закінчення виконавчого провадження. Суб'єкти виконавчого процесу при цьому відчують, що вони не вирішують конфлікт, а погоджуються на поступки під дією сили, що не надає можливості гнучкого регулювання. Нерідкі випадки, коли на практиці суди відмовляють у визнанні мирової угоди, укладеної у процесі виконання, що одночасно позбавляє сторін досягнути примирення.

На відміну від ЦПК України та ГПК України, які регламентують процедуру укладення мирової угоди, в тому числі й у виконавчому процесі, у КАС України вживається термін не «мирова угода», а «примирення сторін», значення якого є більш ширшим, хоча зі змісту статті 262 цього Кодексу вбачається, що фактично йдеться про мирову угоду у процесі виконання.

Як зазначає А.І. Кузбагаров [2, С. 12], метою моделі примирення сторін у конфліктах приватно-правового характеру є поновлення мирних та партнерських відносин між сторонами конфлікту шляхом використання заходів та способів, як правило, з ініціативи сторін конфлікту.

Що ж собою представляє поняття «примирювальної процедури» у цивілістичному процесі?

Примирювальні процедури представляють собою законну та добровільну діяльність суб'єктів конфлікту, а у необхідних випадках – й третьої особи, що сприяє примиренню, спрямовану на мирне врегулювання конфлікту [3, С.42].

Виходячи з наведеного визначення примирювальних процедур, залежно від суб'єктного складу можливо виділити два основні види примирювальних процедур:

1) примирювальні процедури, які проводяться виключно суб'єктами конфлікту (тобто сторонами виконавчого процесу);

2) примирювальні процедури, які здійснюються за участі третьої особи (примирителя).

Роль примирителя в даному випадку полягає в тому, щоб допомогти сторонам порозумітися, налагодити комунікацію, досягнути компромісу, запропонувати умови, за яких може бути врегульовано спір (конфлікт). Третя особа, виступаючи примирителем, не досліджує докази, не встановлює факти, а його завданням є забезпечення взаєморозуміння між сторонами та виявлення можливостей вирішення конфлікту на прийнятних для сторін умовах.

Предмет примирювальних процедур складають правовідносини координаційного, диспозитивного типу, що допускають саморегуляцію за волевиявленням сторін..., та завжди пов'язані з остаточним (у матеріально-правовому сенсі) врегулюванням правового конфлікту [4].

Примирювальні процедури з участю примирителя не є характерними для вітчизняного правозастосування, адже на сучасному етапі їх можливо розглядати лише у теоретичному плані.

Водночас примирення сторін слід розглядати в якості самостійного засобу вирішення конфлікту сторонами та відділяти від інших родових понять, зокрема посередництва. Сутність посередництва, в свою чергу, відображується в тому, що:

1) Активна роль в посередництві належить сторонам, що ведуть переговори та за їх результатами приходять до взаємовигідної угоди;

2) Посередник не прирівнюється до сторін, він займає особливе становище, лише допомагаючи сторонам самим вести переговори та досягати угоди;

3) Посередник не має повноважень примусити сторони до досягнення угоди та виносити своє рішення по спору [5, С.74,75].

В науковій літературі поняття медіації та посередництва синонімічні. Перше з них частіше вживається в іноземній літературі та є транскрипцією англійського слова «mediation», а друге є українським перекладом цього терміну та вживається вітчизняними авторами.

Термін медіація («посередництво») у мирній практиці застосовується для позначення процедури, спрямованої на сприяння учасникам правового конфлікту у його самостійному врегулюванні, сутність якої полягає у проведенні переговорів за підтримки третьої сторони.

Традиційно медіація розглядається як один із способів альтернативного вирішення цивільно-правових спорів, тобто тих соціальних засобів, що є альтернативою домінуючому в сучасному суспільстві судовому способу захисту прав.

Разом з тим, нині поширюється думка про суттєву зміну поняття «альтернативні способи вирішення спорів» зі впливом часу, прихильники якої вважають, що медіація існує не лише паралельно із судовою системою, але й всередині її самої як альтернатива повноцінному процесу [6, С.29]. З іншого боку, природа терміну «альтернативність» означає вибір можливих варіантів серед позасудових засобів...(що можуть бути застосовані як кожен окремо, так і в різних комбінаціях, наприклад, переговори – посередництво), а не вибір між цими засобами та судовим розглядом [7, С.4].

У свою чергу, концептуальні засади виконавчого процесу, який виникає лише тоді, коли спір між сторонами вже вирішений судом, не зовсім узгоджуються із сутнісними характеристиками медіації, призначенням якої є вирішення цивільно-правових спорів. В цьому контексті заслуговує на увагу позиція О.І. Носирєвої [8] про те, що у виконавчому провадженні предметом врегулювання з участю медіатора є не розбіжності сторін по суті спору, а питання, спрямовані на забезпечення виконання рішення (розстрочка або відстрочка виконання, зміна порядку або способу

виконання), саму ж процедуру медіації автор формулює як допоміжну форму виконання судових рішень, підкреслюючи таким чином її відокремленість від процесу виконання.

Варто спеціально наголосити на тому, що серед наукових досліджень останніх років можливо виділити напрям, де вченими-процесуалістами піддається сумніву усталена ще з радянських часів концепція «вирішення судом спору по суті», та ставляться завдання щодо нової соціальної моделі правосуддя, прагненням якої є вирішення не спору про право, а юридичного конфлікту сторін.

Зокрема, А.Н. Кузбгаров [9, С.20], в контексті дослідження примирення сторін у конфліктах приватно-правового характеру, у докторській дисертації запропонував розглядати спір як одну з форм вираження конфлікту, через яку відбувається його визначення, дійшовши висновку про те, що генеза терміну спір цивільний йде від терміну «цивільний конфлікт», або точніше «конфлікт приватно-правового характеру». Ця думка була підтримана С.В. Лазаревим [10], який зазначає, що правовий спір є заміщенням конфлікту – переведенням його у правову площину..., у зв'язку з чим є нерідкими ситуації, коли вирішення правового спору не тягне за собою вирішення конфлікту.

Ідея наявності конфлікту при виконанні актів юрисдикційних органів як одного з рідновидів соціального конфлікту дістала подальшого розвитку й у працях російського дослідника виконавчого провадження В.О. Гурєєва, який стверджує, що відсутність спору про право між сторонами зовсім не означає відсутність конфлікту, і в першу чергу, конфлікту інтересів стягувача та боржника [11, С.168].

Зауважуючи на доволі значній дискусійності даного питання, слід визнати, що зазначений підхід знайшов своє вираження й у останньому законопроекті про медіацію (реєстраційний номер № 3665-1 від 29.12.2015 року) через формулювання основних понять, в якому договір про проведення медіації визначено як письмову угоду про проведення медіації між сторонами конфлікту (спору), з одного боку, та медіатором, з іншого боку, а конфлікт (спір) як протистояння двох або більше осіб з приводу істотно значущих для них суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, інтересів або цінностей.

Крім того, вся існуюча література, присвячена медіації, асоціюється виключно із застосуванням медіативних технологій, що має прямий зв'язок з теорією конфліктології.

Сама медіація, на відміну від примирювальних процедур, декларує такі принципи, як добровільна участь, рівність та активність сторін медіації, незалежність, нейтральність медіатора, конфіденційність інформації щодо медіації.

В теоретичному плані доволі цікавим є й питання співвідношення медіації та примирювальних процедур, зокрема, процедури мирової угоди у цивілістичному процесі. Так, Т.В. Сахновою [12] висловлена думка про

те, що примирювальні процедури не є різновидом медіації, яка виступає в ролі неформальної (альтернативної) процедури. Також порівнюючи примирювальні процедури та медіацію, в літературі відмічається: «Якщо примирення – це сама поверхова технологія роботи з конфліктом, яка не потребує базового змістовного розуміння спору..., то медіація – це більш глибока робота зі сторонами, якою у арбітражному процесі завершується 5–7 справ, а у ситуації примирення – лише одна справа» [13].

Заслужує на увагу й позиція О.В. Трещевої [14, С.106-118], яка розмірковуючи про судові примирювальні процедури, приходять до висновку про те, що «крапками зіткнення медіативної процедури та судового процесу є лише те, що до послуг посередника сторони звертаються, будучи учасниками судового процесу, а також те, що угода сторін має бути затверджена судом як мирова угода. Разом з тим, сама процедура медіації випадає з рамок судового процесу... та не охоплюється поняттям цивільної процесуальної форми».

В практиці посередництва розрізняються дві основні юридичні моделі, в яких реалізується медіація: приватна та інтегрована. Приватна медіація розглядається як самостійний вид професійної діяльності щодо врегулювання правових спорів (конфліктів). Інтегрована медіація, в свою чергу, є формою діяльності юрисдикційних органів (судів, органів виконання судових рішень), що спрямовується на вирішення конфлікту в рамках юридичного процесу. З метою ефективності медіації, С.К. Загайновою [15] запропоновано комплексний підхід, що включає розвиток приватної та інтегрованої моделей медіації, а також медіативних технік в професійній юридичній діяльності.

Важливим чинником процедури медіації є професіоналізм та компетенція медіаторів, а тому медіація має проводитись професійними медіаторами, які за законопроектом віднесені до осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність (тобто є приватними особами) та для здійснення медіативної діяльності мають пройти професійну підготовку за програмою підготовки медіаторів та отримати про це відповідний документ.

Розглядаючи спеціально підготовлених працівників суду або державної виконавчої служби в якості медіаторів, слід зазначити, що в медіації роль медіатора є управлінською – сприяти переговорам, проте примирення сторін не узгоджується з принципами переговорного процесу та особливо із застосуванням медіативних технік та технологій. Скоріш це пов'язано з допомогою примирителя (судового примирителя або принципалі переговального процесу), що виводить примирення за межі судового (або виконавчого) процесу.

Технологія медіації, не зважаючи на поширену у юридичній літературі думку щодо її універсальності, є ефективним способом вирішення лише певного типу конфлікту і далеко не на всіх етапах його розвитку.

Як зазначає М. Пель, конфлікт сторін проходить три стадії: етап, коли він стає актуальним для сторін, однак вони ще можуть спілкуватися одна з одною та націлені на співробітництво; етап загострення конфлікту, коли сторони розпочинають застосовувати «брудні» методи боротьби одна з однією (так званий етап «виграш»-програш»); етап ескалації конфлікту, коли для сторони стає неважливим відстоювання власних позицій, скільки завдання шкоди протилежній стороні (умовно іменується як етап «програш-програш»). На останньому етапі, виходячи з практичного досвіду медіації, даний спосіб врегулювання конфлікту не можливий, а слід звертатися виключно до юрисдикційних способів його вирішення [16].

Методи та техніки медіації включають в себе елементи конфліктного менеджменту, ефективного ведення переговорів, групової динаміки, комунікативного та поведінкового тренінгу, проблемно-орієнтованої системної терапії, клієнт-центрованої терапії, фасилітації, модерації та коучинга, спеціально адаптованих для процедури медіації [17]. Тобто навчання медіатора передбачає його уміння та навички у конфліктології, психології, теорії переговорного процесу, теорії комунікації.

З позиції управління комунікацією медіація образно визначається як «комунікація у квадраті», оскільки медіатор одночасно взаємодіє з обома сторонами та повинен допомогти їм почути один одного за допомогою таких комунікативних технік, як активне слухання, ехо-повтор, перефразування, резюме, відкриті та закриті запитання, ведення малої бесіди, аналіз вербальних, паравербальних та невербальних сигналів, встановлення рапорту (підстройки).

Останніми роками науковцями висловлені пропозиції щодо можливості розширення адвокатської діяльності за рахунок не лише участі адвоката у процедурі медіації як представника однієї зі сторін, але й надання адвокату статусу медіатора, що суттєво відрізняється від традиційної адвокатської діяльності.

Слід зазначити, що даний вид діяльності не є характерним для адвокатів, а тому є слушною позиція О.Яновської, А.Біцай [18], про те, що для здійснення медіативної діяльності адвокатам у певній мірі слід переглянути свої сформовані професійні підходи до ведення справ та спосіб мислення.

Висновки. Отже, будучи примирювальною процедурою, мирова угода безпосередньо реалізується у рамках виконавчого процесу. Процедура медіації може лише співіснувати поряд з виконавчим процесом, відбувається в певній послідовності з використанням комунікативних технік та технологій переговорного процесу та характеризується неформальністю. Крім того, як мета медіативної угоди, яка лише у окремих випадках набуде статусу мирової угоди, так і її умови, які не пов'язуються з імперативними приписами закону, свідчать про необхідність розмежування зазначених процедур.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Щербак С.В. Судові та виконавчі процедури у цивільному процесі // Часопис Київського університету права.– 2014.– № 1.– С.187-191.
2. Кузбагаров А.И. Примирение сторон по конфликтам частногоправового характера / Автореф. дис...-ра юрид.наук: 12.00.15 / А.И. Кузбагаров; Санкт-Петербургский университет МВД России.– СПб, 2006 – 46 с.
3. Николукин С.В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: Научно-практическое пособие.–М. Юстицинформ, 2013. – 240 с.
4. Сахнова Т.В. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса // Арбитражный и гражданский процесс.– 2009.– № 2.– С. 9-13; Там само № 3.– С.2-5.
5. Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции / С.И. Калашникова.– М.: Инфотропик Медиа, 2011.– С.7.
6. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США.– М.: ОАО «Издательский дом Городец», 2005.– 320 с.
7. Mackie K.A. Handbook of Dispute Resolution ADR in Action/ Routledge and Sweet and Maxwell. London\$ New York, 1991.
8. Носырева Е.И. Процедура медиации как вспомогательная форма исполнения судебных решений // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 3 «Исполнительный процесс» / Под ред. д.ю.н., профессора, заслуженного юриста Украины С.Я. Фурсы.– К.: Издатель Фурса С.Я., 2014.– С.189-194.
9. Кузбагаров А.И. Примирение сторон по конфликтам частногоправового характера / Автореф. дис...-ра юрид.наук: 12.00.15 / А.И. Кузбагаров; Санкт-Петербургский университет МВД России.– СПб, 2006 – 46 с.
10. Лазарев С.В. Основы судебного примирения / С.В. Лазарев.– М.: Инфотропик Медиа, 2011.– 151-155.
11. Гуреев В.А. Проблемы идентификации концептуальной модели развития Федеральной службы судебных приставов в Российской Федерации: монография.– М.: Статут, 2013.– 408 с.
12. Сахнова Т.В. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса // Арбитражный и гражданский процесс.– 2009.– № 2.– С.9-13.
13. Карпенко А.Д. Примирительные процедуры и медиация в России // Медиация и третейское разбирательство. Практика применения и правовое регулирование. Материалы научно-практической конференции.– Самара, 2011. – С. 54-59.
14. Трещева Е.А. Судебные примирительные процедуры: право на существование / Е.А. Трещева // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Филатова.– Инфотропик Медиа; Берлин, 2012.
15. Загайнова С.К. О комплексном подходе к развитию медиации в России // С.К. Загайнова // Закон.– 2012.– № 3.– С. 51-56.
16. Пель М. Приглашение к медиации: практическое руководство о том, как эффективно

- предложить разрешение конфликта посредством медиации / М. Пель.– М.: Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования, 2009.– С.35-40.
17. Базовый курс медиации: рефлексивные заметки // М.С. Бойко [и др.]; под общ. ред.

- С. В. Лабода.– Минск: Медисонт, 2011.– С. 32.
18. Яновська О., Біцай А. Особливості участі адвоката у процедурі медіації // Вісник Київського Національного університету імені Тараса Шевченка.– 2014.– № 1(99).– С.21-24.

Щербак Светлана Владимировна
ПРИМИРЕНИЕ СТОРОН В ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ
И ПОСРЕДНИЧЕСТВО: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ

В статье проанализированы родовые понятия «примирение сторон», «примирительная процедура» в исполнительном процессе, выделены виды примирительных процедур в зависимости от субъектов их проведения, определено соотношение примирительных процедур и медиации. Определены основные черты посредничества и рассмотрены медиативные техники и технологии, применяемые при проведении медиации, очерчены перспективы применения медиации при исполнении судебных актов и решений иных органов (должностных лиц).

Ключевые слова: примирение сторон, примирительные процедуры, примиритель, посредничество, медиатор, медиация, исполнительный процесс.

Shcherbak Svitlana
RECONCILIATION OF THE SIDES IN THE EXECUTIVE PROCESS
AND MEDIATION: DISPUTABLE MATTERS

The article provides the analysis of the ancestral concept such as “reconciliation of the sides”, “settlement promotion” in the executive process, there were separated the kinds of reconciliation of the sides due to the subjects of their implementation, were determined the ratio of the enforcement processes and mediation. The main features of mediation were determined and examined the techniques of mediation and technology, which are used during the mediation, outlined the prospects of using the mediation during the using of judicial act and decisions of other authorities (public individuals).

Keywords: reconciliation of the sides, settlement promotions, reconciliatory, mediator, mediation, executive process.

IV ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС, МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

Сергієнко Наталія Артурівна,
приватний юрист, кандидат юридичних наук

УДК 346.91

ПРОЦЕНТИ ТА ПЕНЯ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ, ПРОБЛЕМАТИКА ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ТА СТЯГНЕННЯ

У науковій статті проаналізовано правову природу процентів та пені в господарських правовідносинах. Автором розглянуті окремі аспекти законодавчого регулювання процентів та пені, судова практика у справах про їх стягнення. Розроблено пропозиції по вдосконаленню механізму нарахування і стягнення процентів та пені в господарських правовідносинах.

Ключові слова: зобов'язання, проценти, неустойка, пеня, користування чужими грошовими коштами.

В умовах складної економічної ситуації в державі актуальним видається питання належного виконання грошових зобов'язань та механізму відновлення прав кредиторів у випадку порушення таких зобов'язань. Положення актів вітчизняного законодавства містять широкий спектр механізмів регулювання даної сфери суспільних відносин, наприклад: сплата процентів за користування чужими грошовими коштами, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами (ч. 1 ст. 536 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України, ЦК)); сплата суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також трьох процентів річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 625 ЦК України); сплата пені як неустойки, обчислюваної у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання (ч. 3 ст. 549 ЦК України) тощо. Питання процентів та пені висвітлені у значній кількості навчальних та наукових джерел з цивільного та господарського права (наприклад, наукові роботи О. П. Печеного, О. І. Шаповалової, З. Ф. Таткової та інших вчених-юристів), а справи щодо їх стягнення є чисельними у практиці господарських судів. Однак, як серед науковців-юристів, так і в судовій практиці, відсутні єдині підходи щодо розуміння правової природи процентів та пені, їх співвідношення, що зумовлює існування різної судової практики в аспекті їх стягнення. Наведене зумовлює актуальність наукового дослідження за обраною темою. Метою даної наукової статті є обґрунтування узгодженості між правовою природою процентів, пені, та підставами їх нарахування і стягнення в господарських правовідносинах. Завданнями даної наукової статті є аналіз правової природи процентів, пені в господарських правовідносинах, розробка пропозицій по вдосконаленню механізму їх нарахування і стягнення в господарських правовідносинах. Об'єктом дослідження даної наукової статті є зобов'язальні правовід-

носини в цивільному та господарському праві України, а предметом – правовідносини у сфері нарахування та стягнення процентів та пені в господарських правовідносинах.

У юридичній літературі можна зустріти різні точки зору з питань процентів, за ст. 536 ЦК України, та процентів за ч. 2 ст. 625 ЦК України. Так, автори науково-практичного коментаря до ЦК України за редакцією О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, зазначають, що проценти, про які йдеться у ст. 536 ЦК, слід відрізнити від процентів, які сплачує боржник, котрий прострочив виконання грошового зобов'язання відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК. Якщо перші є платою за користування чужими грошовими коштами, яка може і не встановлюватися договором між фізичними особами, то другі є одним із видів санкцій, що підлягають обов'язковій сплаті у розмірі трьох процентів річних від простроченої суми. Інший розмір процентів може бути встановлений договором або законом, проте боржника не може бути звільнено від сплати цієї суми [1, с. 37]. О. І. Шаповалова, зазначає, що при порушенні грошового зобов'язання проценти розглядаються у двох аспектах: 1) стягнення процентів-зростання розглядається як виконання зобов'язання у натурі; 2) стягнення процентів, що спеціально встановлені на випадок порушення грошового зобов'язання (пропонується їм надати назву – проценти-лихва), розглядається як самостійна міра відповідальності, або, у виняткових випадках, якщо про це зазначено у законі або договорі, як відшкодування збитків, або як неустойка [2, с. 4]. Автори науково-практичного коментаря до ЦК України за редакцією В. В. Богатири в коментарі до ст. 536 ЦК України вказують, що серед актів цивільного законодавства, якими визначено розмір процентів за користування чужими грошовими коштами, можливо визначити безпосередньо Цивільний кодекс України. Надалі як приклади приводяться положення ч. 2 ст. 625 ЦК України, ч. 1 ст. 1048 ЦК України [3, с. 479]. Варто зауважити, що положення про проценти (ст. 536 ЦК

України), міститься в Главі 48 ЦК України «Виконання зобов'язання», а стосовно процентів річних за ст. 625 ЦК України, то в самій ч. 2 цієї статті ЦК України мова йде про проценти, що підлягають сплаті у випадку прострочення виконання зобов'язання, а ст. 625 ЦК України міститься в Главі 51 ЦК України «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання». Тож доцільно вести мову про проценти, які сплачуються за користування чужими коштами, що має місце при відсутності порушення зобов'язання (ст. 536 ЦК України) (наприклад, як плата за користування коштами за договором позики – ч. 1 ст. 1048 ЦК України, як палата за користування безпідставно одержаними чи збереженими грошима – ч. 2 ст. 1214 ЦК України), та про проценти, які належить сплачувати у зв'язку саме з порушенням зобов'язання (ч. 2 ст. 625 ЦК України). В даному аспекті варто погодитись з позицією, викладеною в п. п. 6.1. постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17.12.2013 № 14 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань», що проценти річних, про які йдеться у частині другій статті 625 ЦК України, необхідно відрізнити від процентів за користування чужими коштами, передбачених статтею 536 названого Кодексу. Стягнення процентів річних є заходом відповідальності за порушення грошового зобов'язання і одночасно, як зазначалося, способом захисту майнового права та інтересу кредитора, тобто зобов'язанням сплатити кошти, тоді як проценти, зазначені у статті 536 ЦК України, – це плата за користування чужими коштами, в тому числі безпідставно одержаними, збереженими грошми (стаття 1214 ЦК України) [4]. З огляду на вказане, положення речення першого ч. 3 ст. 693 та абз. 1 ч. 5 ст. 694 ЦК України в контексті відсотків за користування чужими грошовими коштами мали б відсилати не до ст. 536 ЦК України, а до ч. 2 ст. 625 ЦК України. В роботах деяких науковців-юристів, вказаних вище, проценти визначені як один із видів санкцій (мова про проценти ст. 625 ЦК України) [1, с. 37], як самостійна міра відповідальності, або, у виняткових випадках, якщо про це зазначено у законі або договорі, як відшкодування збитків, або як неустойка [2, с. 4]. Тому доцільним є визначення співвідношення процентів та неустойки, зокрема, пені. З абз. 4 п. п. 2.1. постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17.12.2013 № 14 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань» випливає, що стягнення пені за невиконання грошового зобов'язання не виключає можливості покладення на боржника також і відповідальності, передбаченої частиною другою статті 625 ЦК України за невиконання грошового зобов'язання. А в п.п. 4.1. наведеної постанови пленуму передбачено, що сплата трьох процентів річних від простроченої суми (якщо інший їх розмір не встановлений договором або законом), так само як і інфляційні

нарахування, не мають характеру штрафних санкцій і є способом захисту майнового права та інтересу кредитора шляхом отримання від боржника компенсації (плати) за користування ним коштами, належними до сплати кредиторів [4]. Схожим чином відображено розуміння суті та співвідношення пені й процентів і в Аналізі практики застосування ст. 625 Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві [5, с. 29], Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 17.07.2012 № 01-06/928/2012 «Про практику застосування Вищим господарським судом України у розгляді справ окремих норм матеріального права» [6]. В постанові Вищого господарського суду України від 16.03.2016 у справі № 922/1056/15 наведеної дійшов висновку, що у розумінні зазначених норм (ч. 3 ст. 692 та ст. 625 ЦК України – курсив мій) проценти є платою за весь час користування грошовими коштами, що не були своєчасно сплачені боржником. При цьому, договором може бути встановлено лише інший розмір процентів річних, а не інший спосіб їх обчислення. Суд касаційної інстанції погодився з місцевим господарським судом, що проценти за користування чужими грошовими коштами, які за умовами договору нараховуються за кожен день прострочення виконання зобов'язання, за своєю правовою природою, ураховуючи спосіб їх обчислення за кожен день прострочення, підпадають під визначення пені, яка також нарахована відповідачем у розмірі двох облікових ставок НБУ від несплаченої покупцем суми за кожен день прострочення, що не узгоджується з положеннями статті 61 Конституції України, за змістом якої ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Аналогічна правова позиція викладена в постановах Верховного Суду України від 12.12.2011 у справі № 07/238-10, від 24.12.2013 у справі № 8/5025/1402/12, від 01.07.2014 у справі № 11/5026/1925/2012 [7]. У вищевказаних постановах Верховного Суду України, узагальнено, що ключовим є момент, що договором може бути встановлено лише інший розмір процентів річних, а не інший спосіб їх обчислення (тому, якщо спосіб обчислення процентів за користування чужими грошима такий самий, як і спосіб обчислення пені (приклад: процент за кожен день), то такі проценти підпадають за своєю правовою природою під визначення пені. Такі ж висновки відображені і у постановах Вищого господарського суду України від 10.12.2013 у справі № 910/5199/13 [8], від 14.02.2012 у справі № 07/238-10 [9]. Однак, існує і протилежна практика Вищого господарського суду України: так в постановах наведеного суду від 25.09.2012 у справі № 32/5005/3471/2012 [10] та від 24.11.2015 у справі № 908/468/15-г [11] суд касаційної інстанції визначив обгрунтованим обрахування процентів за користування чужими грошовими коштами способом, що ідентичний пені – за кожен день прострочення виконання, без поширення на ці категорії правової природи пені.

Відповідно, обґрунтовано постає питання: в який спосіб слід визначати проценти за користування чужими грошовими коштами, щоб не було плутанини з пенєю за способом розрахунку? Просте вказування, що проценти мають визначатись як «річні», а пеня як плата «за кожен день» нічого не прояснить, оскільки при зверненні до суду розрахунок суми процентів за користування чужими грошовими коштами у зв'язку з порушенням зобов'язання також здійснюється через визначення процентів за кожен день користування такими коштами та множення цього показника на кількість днів такого користування. Тому, критерієм диференціації при стягненні процентів та пені, має бути не спосіб їх визначення (розрахунку), а чітке окреслення предмету та підстави стягнення: 1) процентів за користування чужими грошима – як плати за користування грошима при відсутності порушення зобов'язання чи як плати за користування безпідставно одержаними чи збереженими грошима; 2) процентів за користування чужими грошима – як плати за користування грошима, що має місце при порушенні зобов'язання; 3) пені – як неустойки у випадках порушення зобов'язання. При цьому, не має значення яким саме способом обчислюються такі проценти (сума за день тощо). Безперечною видається доцільність і внесення змін та доповнень до чинного ЦК України, зокрема в положення речення першого ч. 3 ст. 693 та абз. 1 ч. 5 ст. 694 ЦК України в контексті відсотків за користування чужими грошовими коштами: пропонується кореспондування їх положень з приписами ст. 625 ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. II. – 1088 с.
2. Шаповалова О. І. Проценти у грошових зобов'язаннях (цивілістичні аспекти) [Текст] : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Шаповалова Ольга Іванівна ; Одеська національна юридична академія. – О., 2005. – 20 с.

3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. [тест] Станом на 1 травня 2012 р. / За заг. ред. В. В. Богатиря – К.: «Центр учбової літератури», 2012. – 1024 с.
4. Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань : постанова пленуму Вищого господарського суду України від 17.12.2013 № 14 // Вісник господарського судочинства. – 2014 р. – № 1, стор. 22.
5. Аналіз практики застосування ст. 625 Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві // Вісник Верховного Суду України. – № 7 (167). – 2014. С. 27-39.
6. Про практику застосування Вищим господарським судом України у розгляді справ окремих норм матеріального права : інформаційний лист Вищого господарського суду України від 17.07.2012 № 01-06/928/2012 : Верховна Рада України : офіційний веб-портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_928600-12/paran35#n35 – Заголовок з екрана.
7. Постанова Вищого господарського суду України від 16.03.2016 у справі № 922/1056/15 : Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56514250> – Заголовок з екрана.
8. Постанова Вищого господарського суду України від 10.12.2013 у справі № 910/5199/13 : Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35985420> – Заголовок з екрана.
9. Постанова Вищого господарського суду України від 14.02.2012 у справі № 07/238-10 : Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21432971> – Заголовок з екрана.
10. Постанова Вищого господарського суду України від 25.09.2012 у справі № 32/5005/3471/2012 : Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26166563> – Заголовок з екрана.
11. Постанова Вищого господарського суду України від 24.11.2015 у справі № 908/468/15-г : Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54461949> – Заголовок з екрана.

Сергиенко Наталья Артуровна **ПРОЦЕНТЫ И ПЕНЯ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ,** **ПРОБЛЕМАТИКА ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ И ВЗЫСКАНИЯ**

В научной статье проанализировано правовую природу процентов и пени в хозяйственных правоотношениях. Автором рассмотрены отдельные аспекты законодательного регулирования процентов и пени, судебная практика в делах об их взыскании. Разработано предложения по усовершенствованию механизма начисления и взыскания процентов и пени в хозяйственных правоотношениях.

Ключевые слова: *обязательство, проценты, неустойка, пеня, пользование чужими денежными средствами.*

Sergiienko Nataliia **INTEREST AND FINE: SOME QUESTIONS OF LEGAL NATURE,** **PROBLEMS OF DIFFERENTIATION AND RECOVERY**

The legal nature of interest and fine has been analyzed in the article. Some aspects of legislative regulation of interest and fine, judicial practice in the cases of theirs recovery have been considered by the author. The offers how to improve the mechanism of interest and fine calculation and recovery in commercial relationships have been worked out.

Keywords: *obligation, interest, forfeit, fine, using foreign monetary funds.*

Беспалов Олександр Олександрович,
суддя Київського апеляційного адміністративного суду

Рабовська Світлана Янівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені
Тараса Шевченка

УДК 342.9

ОПЛАТА ВИМУШЕНОГО ПРОГУЛУ ПРИ ЗАТРИМЦІ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ ПРО ПОНОВЛЕННЯ НА РОБОТІ ПРАЦІВНИКА ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ НА ПІДСТАВІ СУДОВОГО РІШЕННЯ

У статті аналізуються колізії статті 236 Кодексу законів про працю України з нормами Кодексу адміністративного судочинства України.

Ключові слова: працівник, публічна служба, поновлення на роботі, вимушений прогул, невиконання рішення суду, судовий контроль.

Постановка проблеми. Україна як соціально, демократична, правова держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, що включає, зокрема, можливість заробляти собі на життя працюю, яку особа вільно обирає або на яку вільно погоджується; гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, а також право на належні умови праці, своєчасне одержання винагороди (стаття 1, частини перша, друга, четверта, сьома статті 43 Конституції України).

Відповідно до Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом (частина перша статті 55). Правосуддя в Україні здійснюється на засадах верховенства права з метою захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Натомість, діючи стаття 236 Кодексу законів про працю України інколи не дозволяє судам при захисті права на оплату вимушеного прогулу при затримці виконання судового рішення відправляти правосуддя дотримуючись принципу законності.

Дана стаття, на нашу думку, допоможе привернути увагу законодавця до усунення зазначених колізій норм права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначена проблема українськими науковцями не досліджувалась.

Мета статті. Висвітлення проблеми законодавчої невизначеності щодо форми звернення особи за захистом свого права у випадку невиконання рішення суду в частині негайного поновлення на роботі незаконно звільненого працівника.

Виклад основного матеріалу. Із конститутивних ознак норм частини першої

статті 263 КАС України [2] в поєднанні з правовими нормами статей 6, 105, 162 цього Кодексу впливає, що вони гарантують право особи на звернення за захистом її порушених прав, свобод чи інтересів суб'єктами владних повноважень і визначають підстави, форми та способи захисту цих прав.

Зокрема, у частині першій статті 6 КАС України встановлено, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або інтереси.

Згідно з частиною 2 статті 11 КАС України суд розглядає адміністративні справи не інакше як за позовною заявою, поданою відповідно до цього Кодексу, і не може виходити за межі позовних вимог.

Відповідно до частини четвертої статті 105 КАС України адміністративний позов може містити як вимоги про зобов'язання відповідача – суб'єкта владних повноважень – прийняти рішення або вчинити певні дії, так і про стягнення з нього коштів на відшкодування шкоди, завданої його незаконним рішенням, дією або бездіяльністю.

Глава XV Кодексу законів про працю України [4] присвячена індивідуальним трудовим спорам.

У відповідності до ст. 221 Кодексу трудові спори розглядаються:

- 1) комісіями по трудових спорах;
- 2) районними, районними у місті, міськими чи міськрайонними судами.

Останні зміни у дану статтю були внесені Законом № 762-IV від 15.05.2003 р.

Відповідно до ст. 236 КЗпП України [4] у разі затримки власником або уповноваженим ним органом виконання рішення органу,

який розглядав трудовий спір про поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного на іншу роботу працівника, цей орган виносить ухвалу про виплату йому середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки.

У цю статтю зміни вносились лише Законом № 2134-12 від 18.02.1992 р.

Оцінку темпоральним колізіям норм права свого часу дав Конституційний Суд України у справі № 18/183-97, врегулювавши порядок їх застосування у рішенні від 03.10.1997 р. № 4-зп [5].

У вказаному рішенні Суд зазначив наступне: «Конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному. Звичайною є практика, коли наступний у часі акт містить пряме застереження щодо повного або часткового скасування попереднього. Загальною ознакою є і те, що з прийняттям нового акта, якщо інше не передбачено самим цим актом, автоматично скасовується однопредметний акт, який діяв у часі раніше».

Крім того, Міністерство юстиції України у листі від 26 грудня 2008 року № 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії» [9] висловило позицію, що при розбіжності між загальним і спеціальним нормативно-правовим актом перевага надається спеціальному, якщо він не скасований виданим пізніше загальним актом.

Все вищевикладене, вказує на необхідність застосування до правовідносин процесуальних норм права.

В той же час, процесуальним законодавством дане питання конкретно не врегульовано, що призводить до неузгодженості позицій суддів адміністративних судів щодо форми провадження та форми ухваленого рішення.

При дослідженні поставлених питань слід звернути увагу на те, що Кодекс адміністративного судочинства України передбачає можливість здійснення судами адміністративної юрисдикції судового контролю за виконанням судових рішень в адміністративних справах.

Так у відповідності до ч. 9 ст. 267 КАС України особа-позивач, на користь якої ухвалено постанову суду, має право подати до суду першої інстанції заяву про визнання протиправними рішень, дій чи бездіяльності, вчинених суб'єктом владних повноважень – відповідачем на виконання такої постанови суду або порушення прав позивача, підтверджених такою постановою суду.

За правилами ч. 10 ст. 267 КАС України у разі наявності підстав для задоволення заяви суд ухвалює одну із постанов, що передбачені частиною другою статті 162 цього Кодексу.

В свою чергу, у відповідності до ч. 2 ст. 162 КАС України у разі задоволення адміністративного позову суд може прийняти, в тому числі, постанову про стягнення з відповідача коштів.

Натомість, ч. 9 ст. 267 КАС України [2] не визначає провадження, в якому має бути розглянуто заяву особи-позивача.

Так у справі № 2а/2570/4255/11 (ухвала від 18.09.2014 р.) [7] Вищий адміністративний суд України зазначив, що за умовами наведеної норми закону (ч. 9 ст. 267 КАС України), заява щодо бездіяльності суб'єкта владних повноважень, який не виконує судове рішення в адміністративній справі, та питання відповідальності такого суб'єкта, розглядається у справі, за якою приймалось рішення про поновлення прав особи.

Аналогічно, у справі № 2а/0570/6639/12 (ухвала від 16.10.2014 р.) [7] ВАС України зауважив, що стаття 236 КЗпП України визначає, хто саме має вирішувати питання про здійснення вказаної виплати, а саме, це є орган, який розглядав трудовий спір про поновлення на роботі. У даному випадку питання щодо поновлення позивача на посаді вирішено Донецьким окружним адміністративним судом, а тому у справі № 2а-23926/10/0570 [7] і повинно бути розглянуто вимогу позивача про стягнення середнього заробітку за час затримки виконання судового рішення.

У справі № 826/10873/13-а Вищий адміністративний суд України взагалі висловив позицію, що вимога про виплату (стягнення) середнього заробітку за час затримки виконання судового рішення про поновлення на роботі не може бути вирішена в порядку судового контролю.

Вищий адміністративний суд України у справі № п/811/2788/14 в ухвалі від 01.09.2015 р. зазначив, що (враховуючи беззаперечне право особи на працю та її оплату) навіть за наявності порушеного позивачем (належно не вибраного) способу порядку звернення до адміністративного суду із позовом або заявою (у даній категорії справ) не може стати наслідком продовження зловживання її правом на судовий захист у правовідносинах, де вже право на працю визнане судом.

У багатьох справах подібної категорії суд касаційної інстанції також дотримується позиції, що питання виплати середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки виконання судового рішення про поновлення на роботі має бути розглянуте в порядку судового контролю у відповідності до ч. 9 ст. 267 КАС України, однак, обрання особою способу захисту свого права на працю у формі позовного провадження не може бути підставою для відмови у захисті її порушених прав.

Однак, є і інша правова позиція суду касаційної інстанції, викладена, наприклад, в ухвалі від 15.06.2016 р. у справі № 2а-3905/12/2070, де колегія суддів дійшла висновку, що рішення суду про поновлення позивача на публічній службі виконане із затримкою, за правилами статті 236 КЗпП України [4] така затримка є вимушеним прогулом, а тому суди обгрунтовано прийняли рішення про задоволення позову (отже, розгляд нового позовного провадження є правильним).

У справі № 818/7362/13-а [7] ВАС України прийшов до висновку, що у разі затримки виконання рішення суду про поновлення на роботі судом вноситься ухвала про виплату середнього заробітку, а не постанова (рішення) суду. Тому позивачем не дотриманий встановлений законом порядок вирішення даного спору, оскільки вона повинна була звертатися до суду не з окремим позовом, а із відповідною заявою (ухвала від 19.01.2016 р.).

Існування статті 236 КЗпП України вносить плутанину і у цивільне судочинство, в якому суди цивільної юрисдикції так само роблять спробу ототожнити процедуру стягнення середнього заробітку зі здійсненням судового контролю в цій же категорії справ, але щодо осіб, робота яких не пов'язана з проходженням публічної служби, та з певними труднощами, викликаними неузгодженістю норм матеріального і цивільно – процесуального права.

В ухвалі від 18.11.2015 р. (справа № 6-27011ск15) Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ прийшов до висновку, що вимоги, пов'язані із затримкою виконання судового рішення, не повинні досліджуватись у порядку розгляду скарги особи щодо неналежного виконання судового рішення з постановленням ухвали у порядку ст. 387 ЦПК України [3] (судовий контроль), оскільки кожна особа має право на судовий захист, способи якого зазначені в ст. 16 ЦК України, та реалізуються, в тому числі, шляхом подання позову.

Що ж стосується форми судового рішення, то у справі № 6-44312св14 (ухвала від 16.09.2015 р.) Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ зазначив, що такий спір передбачає процес доказування наявності підстав для стягнення цієї суми та її розмір, отже, підлягає розгляду у порядку позовного провадження, а тому закінчується ухваленням рішення суду відповідно до вимог ст. 208 ЦПК України [3], а не постановленням ухвали.

В той же час, у справі № 6-839ск11 Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ дійшов протилежного висновку, вказавши в ухвалі від 16.11.2011 року про те, що суд завів нову справу та ухвалив рішення, хоча вказане питання згідно із ст. 236 КЗпП України [4] повинно вирішуватися шляхом постановлення ухвали в одному провадженні з вимогами про поновлення на роботі.

Зазначена позиція є відображенням висновку Верховного Суду України в ухвалі від 17.09.2008 року у цивільній справі № 6-7302св07.

Вищевикладене дає підстави для висновку, по – перше, про невизначеність судами порядку вирішення зазначеного спору (в одному провадженні з вимогою про поновлення на посаді, чи в різних), та, по – друге, про можливість та допустимість звернення особи до суду як з заявою в порядку судового контролю так і з окремим позовом.

Також, стаття 236 КЗпП України суперечить нормам процесуального законодавства щодо форми ухваленого рішення.

На нашу думку, органом, який розглядає трудовий спір є, безспірно, конкретний суд, проте, без зайвої деталізації в частині конкретних суддів чи конкретного провадження.

Така позиція цілком відповідає діючому на даний час Положенню про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженому рішенням Ради суддів України від 26.11.2010 р. № 30 у останній редакції (далі – Положення), яким визначені конкретні підстави для передачі на розгляд справи раніше визначеному складу суду.

У відповідності до п. 2.3.49 Положення повторний автоматизований розподіл судових справ між суддями застосовується у випадках визначених законом, а також з метою заміни одного, декількох суддів, всього складу суду, збільшення складу суду в порядку, визначеному підпунктами 2.3.4, 2.3.23 цього Положення.

В той же час, можливість розгляду питання, що є предметом даного дослідження, раніше визначеним складом суду Положення не передбачає.

Так само, Кодекс адміністративного судочинства України не передбачає повторного автоматизованого розподілу справи для даних правовідносин.

Таким чином, висновок суду касаційної інстанції у справі № 2а/2570/4255/11 є, на наш погляд, порушенням принципу вірогідності, закріпленого в ст. 15-1 КАС України.

Аналогічний висновок висловив Верховний Суд України у справі № п/800/235/15 [7], зазначивши в постанові від 01.12.2015 р., що аналіз статей 15, 15-1, 26 КАС України [2] дає підстави дійти висновку, що за наявності функціонуючої автоматизованої системи документообігу заміна судді (суддів), який з поважних причин не може брати участь у розгляді справи (перебування судді у відпустці, на лікарняному, у відрядженні, закінчення терміну повноважень тощо), має здійснюватись виключно автоматизованою системою документообігу за принципом вірогідності.

Таким чином, приходимо до висновку, що норму статті 236 КЗпП України [4] щодо «органу, який розглядає трудовий спір» слід розуміти виключно як назву відповідного суду, що розглянув трудовий спір, а не його склад, що брав участь у конкретному провадженні, чи обмеженість цим провадженням, принаймні, до внесення відповідних змін до Кодексу адміністративного судочинства України та/або зазначеного Положення.

Вказаний висновок, знімає обмеження, у зв'язку з якими деякі практики вважають неможливим звернення до суду в порядку позовного провадження в цій категорії справ.

Втім, на нашу думку, процедуру, передбачену статтею 236 КЗпП України [4], цілком можливо ототожнити і з судовим контролем, позаяк, наслідки невиконання судового рішення за своєю суттю є нічим іншим як

санкцією до порушника за невиконання рішення про поновлення на роботі незаконно звільненого працівника, до того ж негайне виконання об'єднує ці два явища (ч. 5 ст. 235 КЗпП України [4]).

Натомість, застосовувати вказану норму беззастережно також не можна передусім через те, що у відповідності до п. 10 ст. 267 КАС України у разі наявності підстав для задоволення заяви суд ухвалює одну із постанов, що передбачені частиною другою статті 162 цього Кодексу.

Відтак, форма судового рішення незалежно від способу звернення особи за захистом своїх прав до суду суперечитиме формі, передбаченій ст. 236 КЗпП України [4].

Висновки. Обов'язковість рішень суду визначена державою як одна з конституційних засад судочинства (п. 9 ст. 129 Конституції України [1]). Гарантом вказаної засади виступає судовий контроль.

За результатами проведеного дослідження приходимо до висновку, що ст. 236 КЗпП України [4] – пережиток радянського трудового законодавства 1971 року є дещо спотвореним його різновидом.

У даній статті проаналізовано сучасну проблематику, що має місце в судах адміністративної юрисдикції при вирішенні питання про оплату вимушеного прогулу при затримці виконання рішення про поновлення на роботі працівника.

Дослідженню підлягали наступні питання:

1. Форма звернення до суду (позовна заява/заява в порядку судового контролю);
2. Розуміння судового органу, який розглядав трудовий спір (конкретний суд/конкретний склад суду);
3. Можливість вирішення питання про стягнення в одному провадженні з вирішенням спору по суті позовних вимог про поновлення працівника на роботі (одне провадження/різні провадження);
4. Форма судового рішення (ухвала/постанова).

В результаті проведених досліджень приходимо до висновку, що зміст статті 236 КЗпП України не суперечить формі судового контролю та дещо суперечить можливості звернення до суду з новим позовом в частині територіальної підсудності адміністративних справ (стаття 236 КЗпП України [4] за певних обставин може не відповідати вимогам статті 19 КАС України [2]).

В той же час, право на справедливий суд, що закріплене у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, вимагає легітимної мети для обмеження в доступі до правосуддя.

Відтак, на нашу думку, форма прояву бажання людини захиститися від свавілля роботодавця не може перебувати у наслідковому зв'язку з відсутністю цього захисту з боку судової влади за будь – яких формальних підстав.

Крім того, проведене дослідження показало, що судові рішення за результатами

вирішення питання про виплату середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки виконання судового рішення про поновлення на роботі має бути викладене у формі постанови.

Підсумовуючи вищевказане, вважаємо, що правова спрямованість нашої держави вимагає усунення суперечностей діючого законодавства, адже людина, намагаючись захистити свої права, в тому числі і право на працю, повинна мати гарантію, що норма, яка регулює порядок судового захисту, є єдиною, конкретизованою, вичерпною в вимогах, ізольованою від довільного тлумачення та доступною для розуміння.

Як можна побачити з наведених прикладів, суди адміністративної юрисдикції, в більшості своїй, вишукуючи компромісний варіант поміж колізій законодавства, намагаються максимально захистити права людей.

В той же час, законодавець не вважає за необхідне усувати вказані недоліки, як вбачається з законопроекту Трудового кодексу України № 1658 від 20.05.2014 р. [8] (наразі законопроект прийнято в першому читанні).

Так, порядок вирішення індивідуальних трудових спорів законопроектом передбачається у Главі 3 «Розгляд індивідуальних трудових спорів у судах».

У відповідності до ч. 3 ст. 397 законопроекту у разі затримки роботодавцем виконання рішення, передбаченого частиною першою цієї статті (про поновлення працівника на роботі), суд вносить ухвалу про виплату працівнику середньої заробітної плати або різниці в заробітній платі за весь час затримки.

Таким чином, сучасний законодавець покладає питання визначення суду, який вирішуватиме спір, на розсуд процесуального законодавства.

Натомість, форма судового рішення залишається неузгодженою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>.
2. Кодекс адміністративного судочинства від 06 липня 2005 року. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
4. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.
5. Рішення конституційного Суду України від 03.10.1997 № 4-зп.// [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-97>.
6. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20.05.2013 р. № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі»// [Електрон-

ний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0007760-13>.

7. Єдиний державний реєстр судових рішень. [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1>.
8. Законопроект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014 р. (станом на 29.06.2016 р.) // [Електронний ресурс]. –

режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

9. Лист Міністерства юстиції України від 26 грудня 2008 року № 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії». [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>.

**Беспалов Александр Александрович, Рабовская Светлана Яновна,
ОПЛАТА ВЫНУЖДЕННОГО ПРОГУЛА ПРИ ЗАДЕРЖКЕ ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЯ
О ВОССТАНОВЛЕНИИ НА РАБОТЕ РАБОТНИКА ПУБЛИЧНОЙ СЛУЖБЫ
НА ОСНОВАНИИ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ**

В статье анализируются коллизии статьи 236 Кодекса законов о труде Украины с нормами Кодекса административного судопроизводства Украины.

Ключевые слова: *работник, публичная служба, восстановление на работе, вынужденный прогул, неисполнение решения суда, судебный контроль.*

**Bespalov Alexander, Rabovska Svetlana
PAYMENT FORCED ABSENCE AT A DELAY ENFORCEMENT
OF REINSTATEMENT WORKER PUBLIC SERVICE ON A TRIAL BASIS**

In this Article the author considers the collision between Article 236 of the Labor Code of Ukraine and the Code of Administrative Justice of Ukraine.

Keywords: *worker, public service, reinstatement, forced absenteeism, failure of judgment, judicial control.*

VI АДВОКАТУРА

Горбань Наталія Сергіївна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри нотаріального та
виконавчого процесу і адвокатури
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

ЗУПИНЕННЯ ПРАВА НА ЗАНЯТТЯ АДВОКАТСЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ

У статті досліджується недоліки діючого законодавства України щодо регулювання зупиненням права на заняття адвокатською діяльністю. Через аналіз вітчизняного законодавства, нормативних актів, які безпосередньо стосуються адвоката та його діяльності, а також через розгляд судової практики, автор приходить до ряду висновків, які знайшли своє відображення у тексті статті. Також у статті розглядається проблематика використання понять: право на заняття адвокатською діяльністю та здійснення адвокатської діяльності.

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, зупинення права на заняття адвокатською діяльністю, свідцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

Становлення України, як європейської держави, потребує переорієнтації на нові стандарти підходів до визнання, гарантування, охорони та захисту прав, свобод і інтересів людини і громадянина. У зв'язку з цим, докорінних змін потребують всі складові її правової системи, особливо ця вимога є актуальною щодо правового інституту, який покликаний надавати професійну правничу допомогу в Україні, а саме адвокатури.

Не тільки на сторінках багаточисельних журналів, газет, також і в мережі інтернет-ресурсів постійно відбуваються обговорення та зав'язуються дискусії щодо проблемних питань у реформуванні адвокатури. Необхідно зазначити, що пропозиції щодо внесення змін до існуючого законодавства в зазначеній сфері є предметом обговорення на круглих столах, конференціях і навіть з'їздах адвокатів України. До реформування української адвокатури долучилися фахівці європейської адвокатської спільноти. Командою Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» підготовлено коментар до проекту Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», розробленого Радою з питань судової реформи [1]. Проте, поза уваги як науковців, так і практиків залишається питання неоднозначності багатьох основних термінів, якими оперують як законодавці, так і практики, в процесі реалізації ними відповідних повноважень. Мова йде про науковців у галузі адвокатури, самих адвокатів та представників відповідних органів адвокатського самоврядування.

Законодавче закріплення визначення основних термінів має важливе значення, цим обмежуються неоднозначність трактування окремих положень закону, а також помилкове їх застосування чи зловживання. Саме тому в статті 1 Закону України «Про адвокатуру та

адвокатську діяльність» [2] (далі за текстом Закон) закріплено визначення основних термінів, які мають при тлумаченні даного Закону вживатися у встановленому у ньому значенні. Як зазначає Д. П. Фіолевський «така спеціальна норма виявилася необхідною, перш за все, тому, що в його тексті прозвучали нові службові визначення і терміни, а низка – знайомих, раніше вживаних, зазнала суттєвих змін» [3, с. 12].

Проте, із аналізу діючого Закону та запропонованих до розгляду Верховною Радою законопроектів вбачається, що нажалі мають місце випадки неоднозначного і необґрунтованого застосування цілого ряду термінів, що тягне за собою створення правових невідповідностей.

В рамках даної публікації автор ставить за мету дослідити доцільність та законність існуючої редакції статті 31 чинного Закону, а саме «Зупинення права на заняття адвокатською діяльністю».

Стаття 31 чинного Закону містить положення про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю. Слід зауважити, що така редакція у Законі є новелою, так як у попередньому Законі України «Про адвокатуру» [4] (стаття 16) мова йшла про зупинення дії свідцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Із аналізу існуючої редакції статті 31 Закону можна зробити висновок, що суб'єктами, які мають право ініціювати зупинення права на заняття адвокатською діяльністю є:

- сам адвокат, який має звернутися із відповідною заявою до ради адвокатів регіону за адресою його робочого місця (п.1 ч.1 ст. 31 Закону);
- судові органи, якщо вступив в силу обвинувальний вирок суду стосовно адвоката

за вчинення злочину, крім випадку, передбаченого пунктом 6 частини першої статті 32 цього Закону та рішення суду, що вступило в законну силу, про визнання адвоката недієздатним або обмежено дієздатним (п.2, 4 ч.1 ст. 31 Закону), та

- кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури регіону при прийнятті рішення про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю. (п.3, ч.1 ст. 31 Закону).

Отже, із наведеного аналізу слідує, що зупинення права на заняття адвокатською діяльністю не можна розглядати виключно як дисциплінарне стягнення, яке накладається на адвоката в разі вчинення ним дисциплінарного проступку (п.2 ч.1 ст. 35 Закону), так як, сам адвокат за власним бажанням може ініціювати цей процес, наприклад при виникненні обставин несумісності у визначених Законом випадках (стаття 7 Закону).

Не дивлячись на те, що стаття називається «Зупинення права на заняття адвокатською діяльністю» адвокат, керуючись положеннями закону, особисто звертається із заявою про зупинення не права на заняття адвокатською діяльністю, а про зупинення адвокатської діяльності.

Проте, чи може адвокат ініціювати зупинення саме права на заняття адвокатською діяльністю?

Якщо ми звернемося до словника української мови, то «заняття» – це те, чим хто-небудь займається (справа, праця і т. ін.) [5].

О. Ф. Скакун зазначає, що термін «права» передбачає конкретні напрями діяльності людини, тобто вказує міру її можливої поведінки, закріплену в нормативно-правових актах (право на працю, право на освіту та ін..) [6, с.68].

У сучасних Конституціях та інших нормативно-правових актах право вибору роду занять, право використовувати свою робочу силу самостійно чи за трудовим договором, право на працю (стаття 43 Конституції України) частіше називають економічними правами і виділяють у відносно самостійну групу, однопорядкову з правами громадянськими (особистими), а тому для них властивим є принцип, визначений у статті 21 Конституції – за яким права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними.

Отже, враховуючи вищезазначене, право на заняття адвокатською діяльністю ми можемо тлумачити, як напрям діяльності фізичної особи, який вказує на міру її можливої поведінки в процесі праці, як трудового процесу фахівця, пов'язаного із здійсненням адвокатської діяльності.

Право на заняття адвокатською діяльністю є набутим правом фізичної особи, якщо вона відповідає всім вимогам, що висувуються до адвоката (стаття 6 Закону), дотрималася передбаченого у Законі порядку (успішно склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування, склала присягу) та отримала Свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю (стаття 12 Закону). Крім того, ч.2 ст. 6 Закону

встановлює коло обставин, які унеможливають набуття особою права на заняття адвокатською діяльністю.

Саме із видачею Свідоцтва у відповідній фізичної особи виникає право на заняття адвокатською діяльністю і така особа отримує правовий статус адвоката, який за п.1 ч.1 ст. 1 Закону визначається як фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені цим Законом.

На думку суддів, яка знайшла своє відображення у прийнятих ними рішеннях: наявність у позивача свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю свідчить про наявність у позивача певної кваліфікації та можливість розпочати адвокатську діяльність в одній із передбачених Законом форм [7].

Свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю дає можливість фізичній особі розпочати адвокатську діяльність або її не розпочинати.

Подавши заяву, на підставі статті 31 Закону, адвокат приймає рішення зупинити вже розпочату адвокатську діяльність, а не право на заняття адвокатською діяльністю. Право на заняття адвокатською діяльністю є абсолютним правом і не може бути обмеженим. Фізична особа або наділяється цим правом, або позбавляється цього права за наявності передбачених у законі підстав.

Отже, існуюча редакція п.1 ч.1 статті 31 Закону є не коректною та потребує внесення змін.

Як зазначає Д. П. Фіолевський: «Зміст та цілі ст. 31 Закону носять, так би мовити, карально-виховний характер. Зупинення права на заняття адвокатською діяльністю – це дисциплінарне покарання і одночасно попереджувальний захід про можливість припинення таких прав у разі повторення порушень аналогічного чи іншого характеру» [3, с.179]. Як зазначалося вище таке трактування положень статті 31, при існуючій її редакції є помилковим, так як сам адвокат за власним бажанням може ініціювати цей процес.

Так у статті 35 Закону зазначено, що зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року є дисциплінарним стягненням, яке може бути застосованим до адвоката у разі визнання його винним у вчиненні дисциплінарного проступку.

Рішення дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року приймається більшістю голосів від її загального складу, за результатами розгляду дисциплінарної справи щодо адвоката який вчинив дисциплінарний проступок.

Інформація про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю вноситься до Єдиного реєстру адвокатів України (стаття 17 Закону).

У фізичної особи право займатися адвокатською діяльністю напряму пов'язане не тільки із наявністю у неї Свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, а й за умови

його дії, бо якщо дія Свідоцтва зупинена, той відсутнє право займатися адвокатською діяльністю. Тому вважається за доцільне внести зміни до Закону, а саме доповнити статтю 31 положенням: «Право на заняття адвокатською діяльністю зупиняється шляхом зупинення дії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю».

До тих пір, поки щодо свідоцтва, на підставі якого фізична особа отримує можливість скористатися набутим нею правом здійснювати адвокатську діяльність, немає відповідного рішення про зупинення його дії чи анулювання, особа має право на заняття адвокатською діяльністю. Право на заняття адвокатською діяльністю, особа реалізовується на власний розсуд фізичною особою, а саме шляхом здійснення ним адвокатської діяльності чи через утримання від здійснення адвокатської діяльності.

Підставами для здійснення адвокатської діяльності, тобто документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, можуть бути:

- 1) договір про надання правової допомоги;
- 2) довіреність;
- 3) ордер;
- 4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Отже, адвокатська діяльність яка полягає у незалежній професійній діяльності адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту також передбачає виникнення правових відносин із клієнтом, які будуються на підставі вищезазначених документів. Приймаючи рішення про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю, дисциплінарною палатою кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури не береться до уваги наявність у адвоката зобов'язань перед клієнтами по здійсненню функцій захисту та представництва інтересів клієнта у судах та інших органах чи установах.

Як слушно відмітив Д. В. Кухнюк: «застосування такого дисциплінарного стягнення, як зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року (п.2 ч.1 ст.35 Закону) суттєво впливає на порушення прав клієнтів адвоката» [8].

За таких обставин, з метою не допустити порушення прав клієнта, вбачається доцільним застосувати інститут заміщення адво-

ката замість того, щодо якого було прийняте рішення про зупинення його діяльності на визначений у відповідному рішенні термін.

Згідно з ч. 5 статті 31 Закону протягом строку зупинення права на заняття адвокатською діяльністю адвокат не має права її здійснювати.

Навіть у даній редакції положення Закону, має місце неоднозначність у застосуванні понять: права на заняття адвокатською діяльністю та права на здійснення адвокатської діяльності.

За Законом, за наявності підстав має зупинятися адвокатська діяльність, а не право на заняття адвокатською діяльністю, бо воно є абсолютним.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.justicereformukraine.eu/wp-content/uploads/2014/09/Law-Bar-Comments-EUProjectTeam_22April-2016_%D1%83%D0%BA%D1%80_.pdf.
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076–VI [за станом на 06.02.2015 р.] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
3. Фіолевський Д. П. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». – Коментар. – К.: Алерта, 2013. – 368 с.
4. Закон України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р. № 2887-XII [за станом на 19.11.2012 р.] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2887-12>. – 18.07.13.
5. Словник української мови: в 11 томах. – Том 3, 1972. – Стр. 235. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/zanjattja>.
6. Скакун О. Ф. Теорія права і держави: Підручник / О. Ф. Скакун. – 2-ге видання. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. – 520 с.
7. Постановова Окружного адміністративного суду міста Києва від 10 січня 2013 року справа № 2а-15922/12/2670 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/28645535>; Ухвала вищого адміністративного суду України від 12 грудня 2013 року № К/800/51679/13 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36090686>.
8. Кухнюк Д. В. Дисциплінарна відповідальність адвоката в Україні: проблеми правового регулювання / Д. В. Кухнюк // Науково-практичний журнал «Цивілістична процесуальна думка». – 2016. – №2. – С.75-79.

Горбань Наталя Сергеевна

ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ПРАВА НА ЗАНЯТИЕ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

В статье исследуются недостатки действующего законодательства Украины относительно регулирования приостановления права на занятие адвокатской деятельностью. Через анализ отечественного законодательства, нормативных актов, которые непосредственно касаются адвоката и его деятельности, а также через рассмотрение судебной практики, автор приходит к ряду выводов, которые нашли свое отражение в тексте статьи. Также в статье рассматривается проблематика использования понятий: право на занятие адвокатской деятельностью и осуществление адвокатской деятельности.

Ключевые слова: адвокат, адвокатская деятельность, приостановление права на занятие адвокатской деятельностью, свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью.

Gorban Nataliia
SUSPENSION OF THE RIGHT TO PRACTICE LAW

The article explores the shortcomings of current legislation of Ukraine concerning the regulation of the suspension of the right to practice law. Through the analysis of the existing domestic legislation, regulations, which relate directly to the lawyer and its activities, as well as through the consideration of judicial practice, the author comes to a number of conclusions, which were reflected in the text. The article also examines the problems of the use of concepts: the right to practice law and practice advocacy.

Keywords: *advocate, lawyer activity, suspension of the right to practice law, the certificate of the right to practice law.*

Слива Людмила Володимирівна,

аспірант кафедри нотаріального

та виконавчого процесу і адвокатури

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.965.4

КОНСУЛЬТАТИВНА ДІЯЛЬНІСТЬ АДВОКАТА ЯК ОСОБЛИВИЙ ВИД АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті автором аналізується поняття консультативної діяльності, його відмінність від таких суміжних понять як «консультація» та «консультування». Виокремлюються мета та завдання консультативної діяльності адвоката. Автором сформульовано новий підхід до розуміння стадійності процесу консультування адвокатом.

Ключові слова: *адвокатська діяльність, консультативна діяльність, консультування, консультація, правова допомога.*

Консультативна діяльність є важливим елементом професійної роботи будь-якого правника. Відповідно до п.1 ч.1 ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» одним з видів адвокатської діяльності є надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань. Вважаю, що законодавець не дарма поставив у переліку видів діяльності адвоката консультативну роботу саме на перше місце, адже для адвоката – це важлива складова його професійної діяльності. Адвокату, незалежно від спеціалізації, доводиться займатись консультуванням. Це одна з найпоширеніших форм надання правової допомоги.[4, с.145] В той самий час, це також і найважчий та найбільш психологізований вид адвокатської діяльності.

Поняття та проблемам консультативної діяльності присвячені окремі роботи Л.А. Воскобітової, С.Д. Гусарева, Я. Зейкана, О.Д. Святоцького, Д. П. Фіолєвського, С.Я. Фурси та інших вітчизняних та зарубіжних вчених. Проте наразі існує потреба в комплексному аналізі консультативної діяльності адвоката, її меті та завдань як однієї з основних видів роботи захисника.

Актуальність роботи полягає у формуванні новітнього підходу до розуміння консультування та консультативної роботи з урахуванням знань, отриманих в рамках юридичних та психологічних наук. Метою статті є аналіз сутності поняття «консультативна діяльність», її мети та завдання.

В науковій юридичній та професійній психологічній літературі зустрічаються поняття «консультації», «консультування» та «консультативної діяльності». Консультація – це форма послуги, людині або фірмі (організації),

що надається з метою пояснення ситуацій і рішення, пов'язаних з ними проблем.

Щодо визначень поняття консультативної діяльності, автори також не мають спільної єдності. Так, Гусарев С.Д. визначає консультативну діяльність як це професійну діяльність юристів-фахівців з різних галузей права, основною функцією яких є правове забезпечення різноманітних форм та методів діяльності тієї організаційної структури, яка користується правовими послугами юрисконсульта. [2, с.476]

Визначення консультативної діяльності наведено також і в монографії Г. І. Заславського, І. Є. Лобана та В. Л. Попова. Відповідно до їх визначенні консультативна діяльність передбачає усні пояснення або складання спеціалістами за запитами правоохоронних органів, юридичних або фізичних осіб різноманітних письмових матеріалів (довідок, консультативних заключень, оглядів тощо). [8, с.387]. У роботах О. М. Бандурки та О. Ф. Скакун юридичне консультування розглядається серед видів адвокатської практики, що поєднує комплекс дій, спрямованих на вирішення окремого завдання в рамках юридичного процесу. [1, с.230] Під час консультування здійснюється роз'яснення з юридичних питань, надання усних довідок щодо законодавства Л. М. Карамушка, підкреслюючи взаємозв'язок юридичного консультування із професійною діяльністю юристів, вбачає у ньому метод удосконалення юридичної практики. [6, с.78] Фурса С.Я. зазначає, що не можна консультативну допомогу розглядати без юридичного змісту наслідків допомоги. Тобто, розглядаючи відповідність права особи, яка звернулася за порадою, крізь призму чинного законодавства, адвокат повинен не лише роз'яснити її норми матеріаль-

ного права, під які підпадають ті обставини, про наявність яких клієнт розповів адвокату, але й попередити про можливість їх захисту як у судовому, так і в позасудовому порядкух, а також про необхідність їх доведення суду саме особою на підставі доказів, які вона зобов'язана подати суду [4; с. 199].

Також у літературі зустрічаємо окремі підходи до визначення поняття консультування, що дозволяє нам говорити про відмінність цього процесу від консультативної діяльності. Так, під консультуванням розуміють вид юридичної діяльності, що полягає у роз'ясненні довірителю способів захисту та реалізації їх прав на основі діючого законодавства та правозастосовчої практики шляхом формування рекомендацій по вирішенню наявних правових проблем.[5, с.78] Воскобітова Л.А. надає наступне визначення консультування – це процес взаємодії юриста і клієнта стосовно життєвої проблеми з метою виявлення можливих правових варіантів її вирішення та їх наслідків, з'ясування шляхів і засобів реалізації обраного варіанту. У процесі такої взаємодії відбувається спілкування між юристом і «неюристом» з приводу життєвої проблеми, що має правовий характер.[7,с.112] Деякі автори визначають консультування як спілкування адвоката з клієнтом з метою інформування останнього про способи вирішення справи у зв'язку з якою він звернувся до адвоката [9, с.19]. Фурса С.Я. називає консультуванням процес спілкування адвоката з клієнтом [4, с.199].

З огляду на зазначене явище можна зробити висновок, що поняття «консультація», «консультування» та «консультативна діяльність» не є тотожними. Дійсно, ці явища є взаємопов'язаними, проте мають різну природу, мету та завдання. З огляду на аналіз тлумачень визначених понять, вважаю за доцільне надати наступні визначення консультативної роботи, консультування та консультації, що найбільш повно відображатимуть суть цих понять:

Консультативна діяльність адвоката – це систематична професійна діяльність адвоката, що поєднує в собі комплекс дій спрямованих на вирішення правової проблеми клієнта у формі роз'яснень, рекомендацій, складання письмових матеріалів.

Консультування – безпосередній процес взаємодії адвоката та клієнта (довірителя), що полягає у зборі необхідної інформації та аналізі обставин справи адвокатом, з метою знаходження правових методів та засобів вирішення юридичних проблем довірителя.

Консультація – результат спілкування адвоката з клієнтом, що полягає у знаходженні варіантів правового вирішення проблем клієнта, роз'яснення можливих наслідків та формування подальшої стратегії дій.

Схематично співвідношення даних понять виглядатиме наступним чином (див. рисунок 1): консультативна робота адвоката – комплекс певних дій спрямованих на досягнення правового результату; 2) консультування – процес безпосередньої взаємодії адвоката та клієнта з метою досягнення певного результату; 3) консультація – результат.

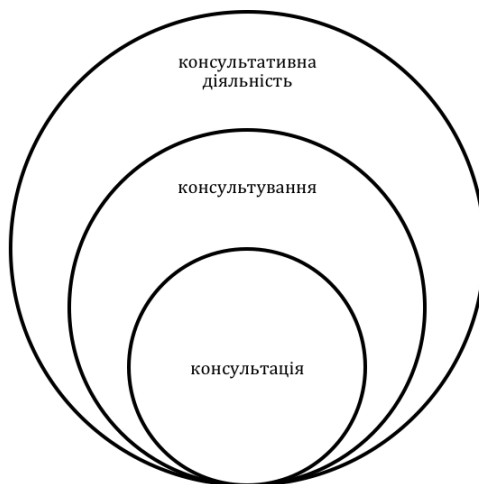


Рис. 1

В літературі консультативна діяльність розглядається як перший етап взаємодії довірителя та адвоката. Вважаю таке розуміння даного поняття занадто вузьким, оскільки консультування клієнта відбувається на всіх етапах взаємодії клієнта та адвоката, при будь-яких контактах з третіми сторонами, при подальшому русі справи. Метою консультативної діяльності є надання клієнту роз'яснень щодо правового конфлікту та формування можливих шляхів його вирішення. Аби досягти заданої мети, необхідно виконати наступні завдання, що стоять перед адвокатом в процесі консультування:

- найбільш повний збір аналіз інформації щодо наявного правового конфлікту;
- аналіз отриманої інформації;
- матеріально-правова та процесуально-правова кваліфікація обставин справи;
- визначення всіх можливих способів вирішення конфлікту;
- аналіз переваг та недоліків запропонованих варіантів розв'язання ситуації.

Беззаперечно, консультування це стадійний процес, кожне з поставлених завдань реалізується на окремій стадії взаємодії клієнта та адвоката. В літературі визначають наступні стадії консультування:

- 1) інтерв'ю;
- 2) аналіз зібраної інформації;
- 3) вироблення правової позиції у справі;
- 4) надання консультації клієнту. [3, с. 138]

Вважаю, що подібний підхід не в повній мірі відображає ті етапи, які необхідно здійснити для ефективного консультування адвокатом. Зокрема, першим етапом консультування є підготовчий, в ході якого встановлюється контакт між довірителем та адвокатом, без якого втрачається ефективність подальшого консультування. Другим етапом є збір інформації по справі. Як зазначає Фурса С.Я. адвокату доступні наступні шляхи збору інформації: 1) опитування громадян; 2) консультування фахівців; 3) вивчення документів [4; с. 200]. Тому доречно виділити такі підетапи етапу збору інформації: опитування, консультування

фахівців (експертів, спеціалістів. Є факультативним підетапом у випадках, коли для надання консультації необхідно володіти спеціальними знаннями) та збір письмових документів. Наступною стадією є аналіз отриманої інформації, зокрема виокремлення предметної, додатково-предметної та непередметної інформації. Далі важливим є матеріально-правова та процесуально-правова кваліфікація справи. Наступним етапом є формування можливих варіантів вирішення спору (судовий, позасудовий тощо). Вважаю, що виокремлювати стадію вироблення правової позиції у справі без зазначення етапу формування варіантів вирішення спору є недоцільним, оскільки адвокат не має самостійно вирішувати, яку позицію займає клієнт у справі. Лише ознайомивши останнього з усіма можливими варіантами розв'язання конфлікту, проаналізувавши переваги та недоліки кожного з них, разом з клієнтом адвокат може виробити правову позицію по справі, враховуючи інтереси клієнта. Останнім, завершальним етапом є консультація, тобто безпосереднє надання роз'яснень та порад клієнту.

Висновок:

1. Консультативна діяльність є одним з основних видів діяльності адвоката, під час якої відбувається безпосередня взаємодія з клієнтом. Необхідно розрізнати поняття консультативної діяльності, консультування та консультації, оскільки це не є тотожними поняттями.

2. Консультативна діяльність адвоката – це систематична професійна діяльність адвоката, що поєднує в собі комплекс дій спрямованих на вирішення правової проблеми у формі роз'яснень, рекомендацій, складання письмових матеріалів.

3. Консультування – безпосередній процес взаємодії адвоката та клієнта (довірителя), що полягає у зборі необхідної інформації та аналізі обставин справи адвокатом, з метою знаходження правових методів та засобів вирішення юридичних проблем довірителя.

4. Консультація – результат спілкування адвоката з клієнтом, що полягає у знаходженні варіантів правового вирішення проблем клієнта, роз'яснення можливих наслідків та формування подальшої стратегії дій.

5. Варто виокремлювати наступні стадії консультування адвоката:

- підготовчий;
- збір інформації: опитування; консультація фахівців; збір письмових документів;
- аналіз отриманої інформації;
- матеріально-правова кваліфікація справи
- процесуально-правова кваліфікація справи;
- розробка можливих варіантів вирішення спору, аналіз їх переваг та недоліків;
- консультація (вироблення правової позиції по справі після обговорення з клієнтом).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бандурка О. М. Юридична деонтологія : [підручник] / Бандурка О. М., Скакун О. Ф. – Харків : Видво НУВС, 2002. – 336 с.
2. Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д.Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності) Навчальний посібник / К.: Знання, 2005. – 655 с.
3. Я. Зейкан, С. Сафулька Настільна книга адвоката в кримінальній справі. Консультаційна робота адвоката// К.: ВД Дакор, 2013. – 576 с
4. Консультативна робота адвоката // В кн. Адвокатура України кн. 1 -К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2008
5. Коротков Е.М. «Дослідження систем управління»/Коротков Е.М.// Москва. Видавничо-консалтингова компанія «ДеКА» 2000
6. Основи психолого-управлінського консультування : [навч. посіб.] / [Л.М. Карамушка, Н.Л. Коломінський, М.В. Войтович та ін.]; За наук. ред. Л.М. Карамушки. – К. : МАУП, 2002. – 136 с.: іл. –Бібліогр. наприкінці підрозділів
7. Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения / [Воскобитова Л.А., Гутников А.Б., Захаров В.В. и др.]; отв. ред. Л.А. Воскобитова, Л.П. Михайлова, Е.С. Шургрина. – М. : Дело, 2001. – 416 с.
8. Судебно-медицинская деятельность в уголовном судопроизводстве: правовые, организационные и методические аспекты / Лобан И. Е., Заславский Г. И., Попов В. Л. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 467 с.
9. Турченко, Олександр Фаритович. Основи ефективного консультування [Текст] / О. Ф. Турченко. – Донецьк : Юго-Восток, 2007. – 46 с.

Слива Людмила Владимировна КОНСУЛЬТАЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ АДВОКАТА КАК ОСОБЫЙ ВИД АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В статье автор анализирует понятие консультационной деятельности, её отличие от смежных понятий «консультация» и «консультирование». Выделяется цель и задания консультационной деятельности адвоката. Автором сформулирован новый подход к пониманию стадий консультирования адвокатом.

Ключевые слова: адвокатская деятельность, консультационная деятельность, консультирование, консультация, правовая помощь.

Slyva Liudmyla ATTORNEY ADVISORY PROCEDURE AS A SPECIAL KIND OF AN ATTORNEY ACTIVITY

The author analyzes the concept of attorney advisory procedure, distinction between this term and related concept of “advice”, “counseling”. The purpose and tasks of attorney advisory procedure are provided. The author formulated a new approach to understanding of the stages of advisory procedure.

Keywords: advocacy, advisory procedure, advice., counseling, legal assistance.

Шрамова Олександра Сергіївна,
студентка 2-го року навчання ОР «Магістр»
заочного відділення юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

УДК 347.961.41 -053.2 (477)

НОТАРІАЛЬНІ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА УЧАСТЮ ДИТИНИ, ЩО ЗНАХОДИТЬСЯ НА ПРЕНАТАЛЬНІЙ СТАДІЇ РОЗВИТКУ

У статті запропоновано визначення дитини на пренатальній стадії розвитку, окреслено проблему визнання її носієм суб'єктивних прав, виокремлено види нотаріальних проваджень, у яких дитина на пренатальній стадії розвитку фактично бере участь, висвітлено проблематику вчинення таких нотаріальних проваджень. Пропонується комплекс заходів, спрямованих на вирішення проблем, пов'язаних з участю дитини на пренатальній стадії розвитку у нотаріальних провадженнях.

Ключові слова: пренатальні права, зачата дитина, нотаріальний процес, спадкові відносини, відносини дарування.

Постановка проблеми. Невизначеність правового статусу дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку, у правовій доктрині призводить до недоликів правового регулювання відносин, так чи інакше пов'язаних з такою дитиною, та непевності у правозастосовній практиці. Фактично мова йде про участь дитини на пренатальній стадії розвитку у деяких видах нотаріальних проваджень, що пов'язана з цілим пластом проблем теоретичного та практичного характеру.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід відзначити вплив доповіді І.В. Понкіна, В.В. Єремян, М.М. Кузнецова і О.О. Понкіної «Про правові підстави правового визнання цінності життя, людської гідності і права на життя дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку» на погляді автора цієї статті. Окремі аспекти правового статусу дитини на пренатальній стадії розвитку досліджувалися такими вітчизняними вченими, як С.Б. Булеца, С.І. Шимон, Т.В. Водопр'ян, О.І. Вінгловська, О.Ю. Кашинцева та ін.

Постановка завдання. В межах цієї статті буде запропоновано визначення дитини на пренатальній стадії розвитку, окреслено проблему визнання її носієм суб'єктивних прав, виокремлено види нотаріальних проваджень, у яких дитина на пренатальній стадії розвитку фактично бере участь, висвітлено проблематику вчинення таких нотаріальних проваджень, та запропоновано шляхи вирішення названих проблем.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перш за все необхідно відзначити, що законодавець не є послідовним у термінологічному позначенні дитини від зачаття до народження. Ч. 1 ст. 1261 ЦК України відносить до числа спадкоємців першої черги дітей спадкодавця, «у тому числі зачатих за життя спадкодавця та народжених після його смерті» [1], що дозволяє зробити висновок про наявність у такої

дитини права на обов'язкову частку у спадщині. Такої ж думки притримується О.В. Антипова, головний спеціаліст відділу методично-правового забезпечення діяльності нотаріату Департаменту нотаріату та реєстрації адвокатських об'єднань Міністерства юстиції України [2]. Однак законодавець, визначаючи подекуди ті чи інші права зачатої, але не народженої дитини, називає її то «особою» у ч. 1 ст. 1222 ЦК України, то «дитиною» у ч. 2 ст. 25, ч. 1 ст. 1261 ЦК України, подекуди «ембріоном», «плодом», чи навіть «плідним яйцем» у підзаконних нормативних правових актах Міністерства охорони здоров'я, що регулюють питання процедури штучного переривання вагітності [3]. Безумовно, такий підхід потребує вдосконалення.

Найбільш влучним і вдалим у цьому відношенні видається термін, запропонований російськими вченими І.В. Понкіним, В.В. Єремян, М.М. Кузнецовим і О.О. Понкіною – «дитина на пренатальній стадії розвитку» [4]. Термін «пренатальний період розвитку» (від грецького *pre* – до; латинського *natus* – народження) охоплює період від моменту зачаття до народження дитини, і не є тотожним терміну «перинатальний» (від грецького *peri* – навколо; латинського *natus* – народження), який охоплює період з 22 повних тижнів вагітності і закінчується через сім повних діб після народження дитини [5, с. 41]. Поняття дитини на пренатальній стадії розвитку є родовим для поняття дитини, яку ст. 1 Конвенції про права дитини визначає як «кожну людську істоту від зачаття до досягнення вісімнадцятирічного віку».

Конвенція про права дитини була ратифікована Постановою Верховної Ради Української РСР у 1991 році [6] без жодних застережень, однак українське законодавство на сьогодні не визнає дитину до народження ні дитиною, ні фізичною особою. Питання щодо правоздатності такої дитини підлягає вирішенню, перш за все, у доктринальній площині. Тому в межах

цієї статті дитина на пренатальній стадії розвитку розглядається лише як фактичний учасник тих чи інших правовідносин.

На сьогодні в Україні дитина на пренатальній стадії розвитку є фактичним учасником тільки нотаріальних проваджень щодо спадкових правовідносин. Так, відповідно до ст. 1298 Цивільного кодексу України, на користь зачатої, але ще не народженої дитини може бути складно заповіт. Отже, зачата, але ще не народжена дитина може бути фактичним учасником *нотаріального провадження щодо посвідчення заповіту*.

Незалежно від наявності заповіту дитина на пренатальній стадії розвитку може бути фактичним учасником *нотаріального провадження щодо видачі свідоцтва про право на спадщину*.

Так, С.Я. Фурса виділяє три етапи у вказаному нотаріальному провадженні – 1) відкриття спадщини і заведення спадкової справи, 2) вчинення ряду процесуальних дій, фактично спрямованих на підготовку до третього етапу і 3) безпосереднє вчинення нотаріальної дії – видача свідоцтва про право на спадщину [7, с. 597-598].

Слід зазначити, що на третьому, кінцевому етапі нотаріального провадження щодо видачі свідоцтва про право на спадщину дитина вже не перебуває на пренатальній стадії розвитку, оскільки факт народження відбувся. Втім, перші два етапи цього провадження можуть проходити за участю дитини на пренатальній стадії розвитку.

Таким чином, відповідно до положень чинного законодавства, дитина на пренатальній стадії розвитку може виступати фактичним учасником двох видів нотаріальних проваджень – посвідчення заповіту та видачі свідоцтва про право на спадщину.

Як зазначає Європейський суд з прав людини, у багатьох країнах – членах Ради Європи поряд із відносинами спадкування дитина до народження може приймати участь у відносинах дарування [8]. В Україні договір дарування не можна укласти на користь дитини на пренатальній стадії розвитку, оскільки ч. 1 ст. 720 Цивільного кодексу України цього не передбачає. Втім, що заважає українському законодавцю передбачити таку можливість?

Можна було б заперечити, що обдаровуваний, відповідно до ст. 722 Цивільного кодексу України, має прийняти (або не прийняти) дарунок. Це питання може бути вирішене принаймні двома шляхами: прийняттям дарунку законним представником дитини на пренатальній стадії розвитку, та укладенням договору дарування на користь дитини на пренатальній стадії розвитку з обов'язком передати дарунок у майбутньому.

Запровадження інституту дарування на користь дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку, потребує ґрунтовних теоретичних розробок щодо правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку, законного представництва такої дитини, нотаріальних та реєстраційних процедур щодо посвідчення договору дарування на користь дитини на пренатальній стадії розвитку тощо. Втім, таке завдання юридичній науці під силу.

Слід зазначити, що нотаріальне провадження щодо видачі свідоцтва про право на спадщину за фактичної участі дитини на пренатальній стадії розвитку також пов'язане з низкою проблем теоретичного та практичного характеру.

Якщо спадкодавцем було складено заповіт на користь зачатої, але ще не народженої дитини, або у разі спадкування такою дитиною за законом, згідно п. 2 ст. 1298 ЦК України, видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями можливі лише після народження дитини.

Між тим, факт народження дитини живою, або народження її мертвою, або факт переривання вагітності нотаріусу та іншим спадкоємцям може не повідомлятися. Відповідно до ч. 1 ст. 286 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні. Крім того, відповідно до положень ч. 4 ст. 1268 ЦК України, а також п. 3.9. Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, малолітня особа за замовчуванням вважається такою, що прийняла спадщину, тобто подача заяви про прийняття спадщини не є обов'язковою [9]. За таких обставин реалізація іншими спадкоємцями своїх спадкових прав є вельми проблематичною і може бути здійснена лише в судовому порядку. Ще більшою проблемою є спадкування зачатою, але не народженою дитиною у разі відсутності заповіту. Нотаріус, інші спадкоємці можуть навіть не здогадуватися про існування зачатої, але не народженої дитини.

Вказана проблема має вирішуватися комплексно: необхідно надати доступ нотаріусам до Державного реєстру актів цивільного стану громадян, передбачити державну реєстрацію в цьому реєстрі факту зачаття дитини, нормативно забезпечити нотаріальну процедуру, пов'язані зі здійсненням спадкових прав зачатої, але ще не народженої дитини.

Слід виокремити ще одну проблему, яка є найбільш болючою з етичної точки зору. У разі штучного переривання вагітності дитина може з'явитися на світ живою, проте внаслідок ненадання їй медичної допомоги або внаслідок умисного переривання її життя після моменту народження така дитина може загинути, що є юридичною підставою для видачі закладом охорони здоров'я медичного свідоцтва про народження за формою № 103/о та лікарське свідоцтво про перинатальну смерть за формою 106-2/о [10], і формально така дитина буде вважатися такою, що народилася живою і є спадкоємцем, який помер до моменту прийняття спадщини. У зазначеному випадку спадкові права цієї дитини переходять до правонаступників дитини (матері) у порядку спадкової трансмісії відповідно до ст. 1276 ЦК України. Така мати теоретично не може бути усунена від права на спадкування як особа, що умисно позбавила життя спадкодавця, оскільки дитина до її народження не визнається суб'єктом права на життя.

Висновки. Наведений аналіз безумовно свідчить про необхідність перегляду прийнятих українським законодавцем підходів до визначення правового статусу дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку. Науковій розробки потребує питання щодо правоздатності такої дитини.

Наразі фактично дитина на пренатальній стадії розвитку може приймати участь у двох видах нотаріальних проваджень, що виникають із спадкових правовідносин: провадженні щодо посвідчення заповіту і провадженні щодо видачі свідоцтва на право на спадщину. Оскільки факти, пов'язані з початком вагітності і її перериванням ніяким чином не фіксуються у державних реєстрах, нотаріус та інші учасники нотаріального процесу можуть навіть не здогадуватися про існування зачатой, але ще не народженої дитини, не мати доступу до доказів щодо її народження або ненародження. Вказана проблема має вирішуватися комплексно: необхідно надати доступ нотаріусам до Державного реєстру актів цивільного стану громадян, передбачити державну реєстрацію в цьому реєстрі факту зачаття дитини, нормативно забезпечити нотаріальні процедури, пов'язані зі здійсненням спадкових прав зачатой, але ще не народженої дитини.

Перспективним напрямом розвитку цивільного і нотаріального процесуального законодавства є участь дитини на пренатальній стадії розвитку у відносинах дарування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (в ред. від 05.10.2016) // *Голос України*. – 2003. – № 45.
2. Антипова О.В. Право на обов'язкову частку у спадщині [Електронний ресурс]: Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/6679> (Дата звернення 09.10.2016 р.).
3. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 31.12.2010 № 1177 «Про затвердження клінічного протоколу «Комплексна допомога

під час небажаної вагітності» [Електронний ресурс]: Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/rada/show/v1177282-10>

4. Понкин И.В., Еремян В.В., Кузнецов М.Н., Понкина А.А. Доклад «О правовых основаниях правового признания ценности жизни, человеческого достоинства и права на жизнь ребенка, находящегося на пренатальной стадии развития» [Електронний ресурс]. – URL: http://ruskline.ru/analitika/2014/11/13/o_pravovyh_osnovaniyah_priznaniya_cennosti_zhizni_chelovecheskogo_dostoinstva_i_prava_na_zhizn_rebyonka_nahodyawegosya/ (дата звернення – 09.10.2016).
5. Астахов В.М., Пузь І.В. Пренатальна і перинатальна психологія як складові частини психології розвитку. Проблема девіантного материнства: стан і шляхи вирішення// *Архів подій*. – 2011. – № 1. – с. 41-45.
6. Постанова Верховної Ради Української РСР від 27.02.1991 № 789-XII «Про ратифікацію Конвенції про права дитини» // *Відомості Верховної Ради УРСР*. – 1991. – № 13. – стаття 145.
7. Теорія нотаріального процесу [Текст]: Науково-практичний посібник / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
8. P. 84 Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 08 July 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%5C%22child%22%5C%22kphthesaurus%3A%5B%5C%22449%22%5C%22624%22%5C%22625%22%5C%22632%22%5C%2277%22%5C%22553%22%5C%2250%22%5C%22554%22%5C%22318%22%5C%22555%22%5C%22595%22%5C%22231%22%5C%224%22%5C%2284%22%5C%22111%22%5C%22335%22%5C%22394%22%5C%22496%22%5D%22%3A%5B%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%5C%22CHAMBER%22%5D%22%3A%5B%22001-61887%22%5D%7D>.
9. Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5 «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» (в ред. від 09.02.2016) // *Офіційний вісник України*. – 2012. – № 17. – стор. 66. – ст. 632.
10. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 08.08.2006 № 545 «Про впорядкування ведення медичної документації, яка засвідчує випадки народження і смерті» (в ред. від 11.04.2011) // *Офіційний вісник України*. – 2006. – №43. – стор. 245. – стаття 2913.

Шрамова Александра Сергеевна

НОТАРИАЛЬНЫЕ ПРОИЗВОДСТВА С УЧАСТИЕМ РЕБЕНКА, НАХОДЯЩЕГОСЯ НА ПРЕНАТАЛЬНОЙ СТАДИИ РАЗВИТИЯ

В статье предложено определение ребенка на пренатальной стадии развития, обозначены проблемы признания ее носителем субъективных прав, выделены виды нотариальных производств, в которых ребенок на пренатальной стадии развития фактически участвует, освещена проблематика осуществления таких нотариальных производств. Предлагается комплекс мер, направленных на решение проблем, связанных с участием ребенка на пренатальной стадии развития в нотариальных производствах.

Ключевые слова: *Пренатальные права, зачатый ребенок, нотариальный процесс, наследственные отношения, отношения дарения.*

Shramova Oleksandra

NOTARY PROCEEDINGS INVOLVING A CHILD IN PRENATAL STAGE

The article deals with the definition of a child in prenatal stage, outlines problems of its legal capacity, allocates notary proceedings involving a child in prenatal stage, highlights problems of realization of such notary proceedings.

The article proposes a set of measures, aimed at solving problems related to notary proceedings involving a child in prenatal stage.

Keywords: *Prenatal stage, unborn baby, fetal rights, notary proceedings, inheritance, gift.*

ВИМОГИ ДО ПУБЛІКАЦІЙ

ДО ВІДОМА АВТОРІВ !

«Цивілістична процесуальна думка» – юридичний науково-практичний журнал, заснований у 2015 р. Київським національним університетом імені Тараса Шевченка.

Журнал зареєстрований у Міністерстві юстиції України – Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації – Серія КВ – № 21551-11451 Р.

Журнал «Цивілістична процесуальна думка» виходить чотири рази на рік.

Мови публікації статей – українська, російська, англійська.

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів до журналу «Цивілістична процесуальна думка».

Наукові статті мають бути оформлені відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 705/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», мають містити такі необхідні елементи: постановку проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку.

Вимоги до оформлення тексту рукопису

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові, повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий та мобільний телефон,)

– розширене УДК статті ;

– стаття обов'язково повинна містити вказівку на номер юридичної наукової спеціальності, по якій вона написана (наприклад, 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право);

– обсяг статті – до 10 сторінок;

– папір формату А4. Параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт – Times new roman, 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

– посилання на джерела необхідно робити по тексту у квадратних дужках із зазначенням номерів сторінок відповідно джерела. Наприклад, [3, с. 234] або [2, с. 35; 8, с. 234];

– список використаних джерел подається наприкінці статті в порядку згадування джерел відповідно до існуючих стандартів бібліографічного опису (див.: стандарт «Бібліографічний запис. Бібліографічний опис» (ДСТУ 7.1:2006 та Форма 23, затверджена наказом ВАК України від 29 травня 2007 року № 342);

– стаття обов'язково повинна містити анотації та ключові слова українською, російською та англійською мовами, переклад назви статті на англійську мову. Обсяг анотації – мінімум 3 речення, кількість ключових слів – мінімум 5 слів.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним вище, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

До друку приймаються статті докторів наук, кандидатів наук, молодих науковців (ад'юнктів, аспірантів, здобувачів, студентів), а також інших осіб, які мають вищу освіту та займаються науковою діяльністю. Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей. За достовірність фактів, статистичних даних та іншої інформації відповідальність несе автор. Передрук матеріалів журналу дозволяється тільки з дозволу автора і редакції.

ПОРЯДОК ПОДАННЯ МАТЕРІАЛІВ:

Для опублікування Вашої статті необхідно надіслати електронною поштою до редакції журналу такі матеріали:

1) інформацію про автора (прізвище, ім'я, по батькові автора, місце роботи (навчання), контактний телефон, електронна пошта, поштова адреса для відправлення друкованого примірника журналу автору статті);

2) статтю;

3) сплатити редакційний збір

4) для осіб, які не мають наукового ступеню, – відскановану рецензію наукового керівника чи рецензію особи, яка має науковий ступінь зі спеціальності, що відповідає предмету дослідження (підпис рецензента повинен бути завірений у відділі кадрів установи або печаткою факультету (інституту));

5) реферат статті англійською мовою (реферат повинен обов'язково містити: назву статті, прізвище та ініціали автора, посаду, місце роботи, короткий зміст статті. Мінімальний обсяг реферату – 200 слів) (відповідно до наказу МОН України № 1111 від 17.10.2012 р. «Про затвердження Порядку формування Переліку наукових фахових видань України»).

Назва файлу повинна відповідати прізвищу автора із вказівкою для довідки про автора – Довідка, для статті – Стаття, рецензії – Рецензія, для статті – Стаття.

Наприклад: Дорошенко_Стаття, Дорошенко_Довідка, Дорошенко_Рецензія, Дорошенко_Реферат.

Статті, оформлені згідно вимог, разом з рекомендацією до друку (для осіб без наукового ступеня) слід подавати **Дерій Олені Олександрівні** (кафедра нотаріального та виконавчого процесу та адвокатури, ауд. 265) і надсилати на електронну пошту: **elena23a@rambler.ru**.

Довідки за тел.: 067-263-34-08.

НАУКОВО-ПРАКТИЧНЕ ВИДАННЯ

ЦИВІЛІСТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДУМКА

Науково-практичний журнал
№ 3 / 2016 р.

Відповідальні за випуск:

Кафедра нотаріального та виконавого процесу
і адвокатури юридичного факультету
Фурса С. Я. (головний редактор)
Дерій О. О. (секретарь)

Комп'ютерна верстка *Н. О. Карякіна*

Підписано до друку __. __. 2016 р. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Гарнітура «Helios». Друк офсетний.
Умовн.-друк. арк. 7,2. Наклад 300 прим.

Видавництво «Алерта»

04210, м. Київ, а/с 112.

Тел.: (044) 223-15-25, 223-15-30.

E-mail: alerta@ukr.net, веб-сайт: www.alerta.kiev.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 788 від 29.01.2002 р.