

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

ЦИВІЛІСТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДУМКА

Науково-практичний журнал
№ 2 2016

Київ
2016

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

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
серія KB № 21551-11451P 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 № 6 від 29 лютого 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

Бондарєва М.В. Спадкування права на банківський вклад	6
Горбань Н.С. Про застосування фундаментальних принципів системи латинського нотаріату та нотаріальної деонтології	9
Снідевич О.С. Усунення недоліків нотаріального акта: питання теорії та практики	13
Строкач І.І. Підстави та порядок оскарження виконавчого напису нотаріуса до суду та його наслідки	16
Фурса Є.Є. Захист нотаріальних документів та його вплив на права громадян, юридичних осіб: діяльність нотаріусів та консулів	20

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Васильєв С.В., Васильєва І.Г. Переговори як альтернативний спосіб вирішення цивільних спорів: питання теорії	26
Журба І.А. Принципы состязательности и объективной истины в гражданском судопроизводстве: некоторые сравнительные аспекты	30
Ізарова І.О. Альтернативність та автономність загальноєвропейських процедур як принципи цивільного процесу Європейського Союзу	33
Одосій О.Ю. Процесуальний порядок вжиття заходів забезпечення цивільного позову: окремі аспекти	37
Студзінська Дж. Розгляд скарг в цивільних справах як одна із форм доступу до Верховного Суду в Польщі	40
Фурса Є.І., Фурса С.Я. Об'єкти судового захисту у цивільному процесі	45

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Іванець І.П. Деякі проблемні аспекти виконання та контролю за виконанням рішень Європейського Суду з прав людини	52
Кузнець О.М. Окремі повноваження і роль суду під час виконання судових рішень та можливі варіанти зловживання ним процесуальними правами	56
Улетова Г.Д. Совершенствование законодательства об исполнительном производстве в Российской Федерации (2007–2016 годы)	62

IV МІЖГАЛУЗЕВІ ЗВ'ЯЗКИ ПРАВНИЧОЇ НАУКИ

Фурса С.Я. Кафедра нотаріального, исполнительного процесса и адвокатуры, перспективы ее развития и роль в реформировании правовой системы Украины	69
--	----

V АДВОКАТУРА

Кухнюк Д.В. Дисциплінарна відповідальність адвоката в Україні: проблеми правового регулювання	75
--	----

VI ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Касьян Л.В. Принцип уникнення конфлікту інтересів при здійсненні адвокатом консультативної діяльності в цивільних справах	80
Кафідов В.В. Участь адвоката як представника стороны у процесі виконання судового рішення	83
Кочубей В.В. Документи, що підтверджують повноваження адвоката: проблеми теорії та практики	86
Звіт про конференцію «Нотаріат, адвокатура суд та виконавче провадження: актуальні проблеми», присвячена 5-річчю створення кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури	91

CONTENTS

I NOTARI PROCESS

Bondareva M.V. Inheritance of rights for bank deposits	6
Gorban N.S. The application of the fundamental principles of latin notaries and notarial deontology.	9
Snidevych O.S. Correct deficiencies of a notarial act: issues of theory and practice.	13
Strokach I.I. Grounds and procedure of challenging the executive essay notary in court and its consequences	16
Fursa Y.Y. Notarial documents protection and its impact on the right citizens, legal persons: notary and consul activities.	20

II CIVIL PROCESS

Vasiliev S.V., Vasilieva I.G. Negotiations as an alternative way of resolving civil disputes	26
Zurba I.O. Adversarial principle and objective truth in civil proceedings: some comparative analysis	30
Izarova I.O. Alternative and autonomy as the principles of European civil procedure	33
Odosii O. Procedural order of taking measures to ensure a civil claim: some aspects	37
Studzińska J. Examination of complaints in civil matters as one of the forms of access to the Supreme Court in Poland	40
Fursa Y.I., Fursa S.Y. Objects judicial protection in civil proceedings	45

III EXECUTIVE PROCESS

Ivanets I.P. Some aspects of the execution and control of the decisions execution of the European Court of Human Rights	52
Kuznets O.M. Certain powers and role of the court during the enforcement of the court rulings and the possible abuse of procedural rights by the court.	56
Uletova G.D. Improvement of legislation on enforcement proceedings the Russian Federation (for 2007–2016 years	62

IV LAW OF THE INTERBRANCH RELATIONS

Fursa S.Y. Department of notary, executive process and advocacy, prospects of its development and role in reforming the legal system Ukraine	69
---	----

V. ADVOCACY

Kuhnyuk D.V. Advocates' disciplinary liability in Ukraine: the problems of legal regulation	75
--	----

VI TRIBUNE OF YOUNG SCIENTISTS

Kasian L.V. The principle for prevention of conflict of interest in the advisory activity of the attorney in civil cases	80
Kafidov V.V. Lawyer as a representative of parties during the process of enforcement of judicial decision	83
Kochubey V.V. Documents confirming proxy of attorney: problems of theory and practice	86
Conference Report	91

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) МЕНЮ Бернард (BernardMenu), Перший Віце-президент Міжнародного союзу судових виконавців (Французька Республіка) (*за його згодою*);
- 17) ТРЕУШНІКОВ Михайло Костянтинівич, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Московського державного університету імені М.В. Ломоносова (м. Москва, Російська Федерація) (*за його згодою*);
- 18) 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*);
- 19) 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

Бондарєва Марія Володимирівна,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри
нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

СПАДКУВАННЯ ПРАВА НА БАНКІВСЬКИЙ ВКЛАД

У статті досліджується процедура спадкування права на банківський вклад і видачі нотаріусом дозволу на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення.

Ключові слова: спадщина, право на банківський вклад, дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця.

Спадкування передбачає перехід прав та обов'язків спадкодавця до інших осіб. Разом із тим, порядок переходу окремих складових спадщини, зокрема, спадкування права на банківський вклад, має значні особливості. Дослідження особливостей спадкування права на банківський вклад представляється актуальним як в силу значної розповсюженості банківських вкладів серед населення, так і через, в цілому, низьку довіру до банківського сектору.

Спадкування права на банківський вклад – це перехід прав та обов'язків спадкодавця за договором банківського вкладу до інших осіб в порядку спадкового правонаступництва.

Правила спадкування одного з прав на банківський вклад визначені статтею 1228 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), згідно з якою вкладник має право розпорядитися своїм правом на вклад у банку (фінансовій установі) на випадок своєї смерті, склавши заповіт або зробивши заповідальне розпорядження банку (фінансовій установі). Право на вклад входить до складу спадщини незалежно від способу розпорядження ним, а порядок і умови переходу права на вклад до спадкоємців відповідають загальному порядку спадкування.

У Висновках Верховного Суду України, що викладені в постановках, які ухвалені за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п.1 ч.1 статті 355 ЦПК України, за друге півріччя 2013 року, зазначається, що зобов'язання за договором банківського вкладу не є такими, що нерозривно пов'язані з особою вкладника, а тому в разі його смерті спадкоємцеві, який прийняв спадщину, повертається як сума банківського вкладу, так і проценти на нього до дня, який передує поверненню вкладу. За змістом ст. 1060 та ч. 2 ст. 1228 ЦК України договір банківського вкладу укладається на умовах видачі вкладу на першу вимогу (вклад на вимогу) або на умовах повернення вкладу зі впливом встановленого договором строку, право на який входить до складу спадщини

незалежно від способу розпорядження ним. Згідно із ч. 2 ст. 608 ЦК України зобов'язання не припиняється зі смертю кредитора, якщо воно не є нерозривно пов'язаним з особою останнього. У такому разі права й обов'язки (спадщина) фізичної особи (вкладника), яка померла, переходять до інших осіб – спадкоємців. Отже, зобов'язання банку виплачувати проценти за договором вкладу не припиняється зі смертю вкладника, входить до складу спадщини та триває до дня, який передує дню повернення коштів спадкоємцям.

Об'єктом правонаступництва в даному випадку є майнове зобов'язальне право вимоги, носієм якого виступає особа-спадкодавець як сторона договору банківського вкладу (ст.1058 ЦК України, п.1 ч.1. ст.47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [1]), чи договору банківського рахунку (ч.4 ст.1066 ЦК України). Вклад враховується при визначенні обов'язкової частки у спадщині.

Предметом відповідного розпорядження вкладника можуть бути права на кошти в готівковій або в безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, розміщені ним на його іменних рахунках у банках на договірних засадах (стаття 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»). Не можуть бути предметом розпорядження вкладника кошти, які перебувають у банку на підставі договорів про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком (стаття 970 ЦК) та індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком (статті 971 ЦК). Розпорядження коштами, що зберігаються в банківському сейфі, здійснюється у формі заповіту.

Юридична доля права на вклад на випадок смерті вкладника може бути визначена шляхом складання та посвідчення заповіту; шляхом складання спеціального заповідального розпорядження банку (фінансовій установі), в якій знаходиться вклад; за відсутності заповіту чи розпорядження – в порядку спадкування за законом.

Заповіт, складений після того, як було зроблене розпорядження банку (фінансовій

установі), повністю або частково скасовує його, якщо у заповіті змінено особу, до якої має перейти право на вклад, або якщо заповіт стосується усього майна спадкодавця. Якщо в заповіті лише зазначається про вклад, але не вказується номер конкретного особового рахунку за вкладом, то такий заповіт визначає спосіб спадкування всіх банківських вкладів спадкодавця. Якщо розпорядження банку було складено пізніше заповіту, то воно повністю (коли заповіт стосується тільки вкладу) або частково скасовує останній. Таким чином встановлюється пріоритет заповіту над розпорядженням банку [2, с.982]. У разі відсутності заповіту вклад спадкується у відповідності із розпорядженням вкладника.

Не слід визнавати розпорядження банку особливою спрощеною формою заповідального розпорядження. Розпорядження вкладника не є заповітом, на нього не розповсюджуються правила, які регулюють спадкування за заповітом. Тому визнання недійсним заповіту, складеного пізніше розпорядження банку щодо цього ж вкладу, не тягне за собою недійсність розпорядження.

При спадкуванні права на банківський вклад слід враховувати інтереси пережилого подружжя вкладника (ст.61 Сімейного кодексу України [3]). Всі кошти, внесені на особисті рахунки подружжя до банківської (фінансової) установи за час їх спільного сімейного життя, є об'єктом права спільної сумісної власності. Тому за подружжям зберігається право на половину банківського вкладу, яке може бути оформлене свідоцтвом про право власності на частку у спільному майні подружжя вразі смерті одного з них, що видається нотаріусом.

Заповіт щодо банківського вкладу, як і будь-який інший заповіт, має бути нотаріально посвідчений. Працівники банків, інших фінансових установ і кредитних спілок посвідчувати заповіти не мають права.

Розпорядження правом на вклад, який розміщений на депозитному рахунку банку, може міститися в окремому документі чи в тексті самого договору. В разі складання розпорядження у вигляді окремого документу, він має містити дату його складання, підпис уповноваженого працівника банку, і зберігається в справі з юридичного оформлення рахунку. Розпорядження здійснюється вкладником у формі запису в картці особового рахунку, на ощадній книжці або шляхом подання відповідної заяви у фінансову установу (п.7.3., 10.14 постанови Правління НБУ «Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах» від 12.11.2003 р. № 492 [4]).

Вкладник може розпорядитися вкладом на користь однієї особи чи декількох осіб, а також визначити розмір часток кожного з них. Якщо частки на зазначені, то право на склад спадкується в рівних частках.

Право на усадкований вклад переходить до спадкоємця після прийняття ним спадщини з моменту відкриття спадщини. Незалежно від того, чи здійснюється спадкування вкладу

згідно із законом, заповітом або розпорядженням, банк здійснює виплату вкладу (частини вкладу) спадкоємцю власника рахунку на підставі документів, визначених законодавством України. Таким чином, фактичне одержання коштів, розміщених на банківському рахунку, можливе тільки після одержання спадкоємцем свідоцтва про право на спадщину і пред'явлення його до банку (фінансової установи). При видачі свідоцтва про право на спадщину, до складу якої входить право на банківський вклад, нотаріус подає запит до відповідного банку (фінансової установи), які, в свою чергу, зобов'язані надати інформацію щодо вкладу. Запит надається за підписом нотаріуса, скріплюється його печаткою та повинен мати посилання на передбачені чинним законодавством підстави для отримання цієї інформації, а також прохання, у разі наявності відповідного розпорядження банку, повідомити дату складання такого розпорядження та прізвище, ім'я, по батькові спадкоємця. Підставою для такого запиту може бути як відповідна відмітка в ощадній книжці про наявність розпорядження, так і твердження особи, яка звернулася до нотаріуса, що на її ім'я спадкодавець склав відповідне розпорядження (п.2.1.2. розділу 2 частини II Методичних рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя [5]).

Проте у відповідності зі статтею 1298 ЦК до закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві *дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі)* (далі – дозвіл), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення.

Дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця в банку – це процесуальний документ, що видається нотаріусом за заявою спадкоємців, і має на меті надання такої особи права на видачу їй частини банківського вкладу спадкодавця до закінчення строку на прийняття спадщини, якщо необхідність видачі викликана обставинами, що мають істотне значення.

Видача нотаріусом дозволу є винятком з загальної процедури спадкування права на банківський вклад, фактичне одержання коштів за яким спадкоємцями можливе тільки після оформлення правовстановлюючого документу на вклад – свідоцтва про право на спадщину. Проте, оскільки право на вклад у банку (фінансовій установі) входять до складу спадщини, при видачі свідоцтва про право на спадщину мають бути враховані суми вкладу, на одержання яких нотаріусом було видано дозвіл.

Дозвіл видається як на покриття вже понесених витрат: з догляду за спадкодавцем під час хвороби, а також на його поховання; так і на покриття витрат, що можуть бути понесені в майбутньому, наприклад, на утримання осіб, які перебували на утриманні спадкодавця;

витрат, пов'язаних з повідомленням спадкоємців про відкриття спадщини, інших витрат, викликаних обставинами, що мають істотне значення. Перелік таких обставин не є вичерпним, тому може бути розширений за рахунок інших обставин, що мають істотне значення. Правова оцінка істотності обставини як умови покриття витрати, можливості розширення кола витрат, названих в законодавстві і якості поважних, здійснюється нотаріусом на власний розсуд. Нормативного оформлення критерії віднесення обставини до істотної не знайшли. Так само, оціночним є визначення у кожному конкретному випадку, нотаріусом розміру сум на покриття витрат і максимально допустимих розмірів такого покриття.

Не слід плутати дозвіл нотаріусу на одержання частини вкладу і розпорядження нотаріусу на переказ коштів, що вчиняється в межах провадження щодо вжиття заходів до охорони спадкового майна (стаття 64 Закону України «Про нотаріат»). Розпорядження видається за заявою громадських організацій, родичів чи близьких спадкодавця нотаріусом з метою встановлення надгробка спадкодавцю.

Для одержання дозволу спадкоємець повинен звернутися до нотаріуса за місцем відкриття спадщини із заявою, в якій слід зазначити якими саме істотними обставинами викликана необхідність отримання частини вкладу. В разі, якщо вона подана першою нотаріусу, заява про одержання частини вкладу може бути підставою для заведення нотаріусом спадкової справи (п.2.1. глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [6]). На підставі заяви нотаріус видає дозвіл. Один примірник дозволу залишається у справах нотаріуса і підшивається до спадкової справи.

Відповідно до частини 3 статті 1298 ЦК України дозвіл може бути виданий тільки спадкоємцеві. З цього слідує, коло осіб, на вимогу яких здійснюється видача частини вкладу, не залежить від виду спадкування, і включає всіх осіб, закликаних до спадкування – як спадкоємців за заповітом, так і спадкоємців за законом. Зведення кола заінтересованих у видачі дозволу осіб тільки до спадкоємців за заповітом і осіб, на користь яких оформлене розпорядження банку в порядку статті 1228 ЦК України, видається штучним [7, с.138]. Спадкування може одночасно відбуватися за заповітом і за законом, а потреба у видачі частини банківського вкладу диктується особливими обставинами, що мають істотне значення, і можуть стосуватися інтересів осіб, непричетних до спадкування, обов'язків спадкодавця чи його інтересів. Тому вважаємо, що видача дозволу на одержання частини вкладу здійснюється нотаріусом за заявою тільки спадкоємця, хоча при цьому вклад, може бути заповіданий і іншій особі. На заяву сторонніх осіб, які не відносяться до кола спадкоємців, дозвіл не видається.

При видачі дозволу нотаріусу необхідно зробити запит до відповідного банку (фінан-

сової установи), які, в свою чергу, зобов'язані надати інформацію щодо вкладу. Запит надається за підписом нотаріуса, скріплюється його печаткою та повинен мати посилання на передбачені чинним законодавством підстави для отримання цієї інформації, а також прохання, у разі наявності відповідного розпорядження банку, повідомити дату складання такого розпорядження та прізвище, ім'я, по батькові спадкоємця. Підставою для такого запиту може бути як відповідна відмітка в ощадній книжці про наявність розпорядження, так і твердження особи, яка звернулася до нотаріуса, що на її ім'я спадкодавець склав відповідне розпорядження (п.2.1.2. розділу 2 частини II Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя [8]).

При вирішенні питання про розмір частини вкладу, яка буде видаватися, нотаріус враховує характер і істотність обставини, що є підставою для видачі, «зумовленість таких обставин обов'язками спадкодавця» [9, с. 467–468], а також інтереси інших спадкоємців. В протилежному випадку нотаріус повинен відмовити у видачі дозволу.

Видані на підставі дозволу кошти входять до складу спадкової маси і повинні враховуватися при визначенні обов'язкової частки у спадщині.

На вимоги про відшкодування витрат на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця, а також витрат на охорону спадкового майна, не поширюються правила статті 1281 ЦК України про порядок і строки пред'явлення вимог кредитором спадкодавця, оскільки вони не впливають із зобов'язань спадкодавця. Тому, як зазначається у пункті 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7 [5], на такі вимоги поширюється загальна позовна давність (стаття 257 ЦК України). Вимоги відшкодування зазначених витрат можуть бути пред'явлені й до територіальної громади, яка стала власником спадщини, визнаної судом відумерлою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296 /5// Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/page4>
2. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т.12: Спадове право/ За ред. проф. І.В.Спасибо-Фатеевої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Колісник А.А., 2009. – 554 с. – Автор статті В.І.Крат, С.138

3. Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя: Рішення Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29.01.2009 р. // Портал «Ліга Закон». – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS9311.html
4. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук. – практ. посіб./ С.Я.Фурса, Є.І.Фурса, О.М.Клименко, С.Я.Рабовська, О.О.Кармаза та ін.; За заг. ред. С.Я.Фурси- К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – 1216 с. – С.467–468
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України //Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08?nreg=v0007700-08&find=1&text=%E7%E0%F1%F2%E0%E2%E0&x=1&y=10>
6. Про банки і банківську діяльність. Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III// Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>
7. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т./ За відпов. ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнецової, В.В.Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т.ІІ. – С.982
8. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 29247-III // Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>
9. Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземній валютах: Постанова правління Національного банку України від 12.11.2003 р. № 492// Офіційний сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1172-03/conv>

Бондарева Марія Владимировна
НАСЛЕДОВАНИЕ ПРАВА НА БАНКОВСКИЙ ВКЛАД

В статье исследуется процедура наследования права на банковский вклад и выдачи нотариусом разрешения на получение части вклада наследодателя в банке (финансовом учреждении), если это вызвано обстоятельствами, имеющими существенное значение.

Ключевые слова: наследство, право на банковский вклад, разрешение на получение части вклада наследодателя

Bondareva Maria
INHERITANCE OF RIGHTS FOR BANK DEPOSITS

The article deals with the examination of the process of inheritance of the rights to bank deposit and issuing notary authorization for a share of the testator deposit in the bank (financial institution) in case it is caused by circumstances that are essential.

Key words: inheritance, right to bank deposit, permit to obtain the contribution of the testator

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

УДК 347.961

**ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ
СИСТЕМИ ЛАТИНСЬКОГО НОТАРІАТУ
ТА НОТАРІАЛЬНОЇ ДЕОНТОЛОГІЇ**

Статтю присвячено дослідженню проблем, пов'язаних із застосуванням окремих фундаментальних принципів нотаріату латинського типу та нотаріальної деонтології, які прийняті МСН. Через аналіз чинного вітчизняного законодавства, існуючих нормативних актів, які так чи інакше стосуються нотаріуса та його діяльності, а також через розгляд нотаріальної практики, автор приходить до цілого ряду висновків, які знайшли своє відображення у тексті статті.

Ключові слова: МСН, нотаріат, нотаріус, фундаментальні принципи нотаріату латинського типу, нотаріальна деонтологія.

Ставлячи собі за мету – покращити якість життя своїх громадян, більшість країн не тільки Європи, а й світу в цілому, дійшли висновку про необхідність гармонізації різних правових систем. Як зазначає Ю. С. Шемшу-

ченко «стало зрозуміло, що держави багато втрачають, якщо діють розрізнено, не дотримуються загальних правил, вироблених в процесі розвитку цивілізації [1, с.35]. Одним із дієвих механізмів, який сприяє зближенню

правових систем є створення, спеціалізованих за напрямком діяльності, міжнародних організацій та союзів. Їх призначення сприяти координації та уніфікації відповідних напрямів діяльності держав-членів, та сприяти визначенню найбільш ефективних індивідуальних і колективних засобів захисту їх інтересів.

Переваги, які властиві латинській моделі нотаріату, є визначальними для її використання більшістю національних нотаріатів світу. На міжнародному рівні Латинський нотаріат представлений Міжнародним союзом нотаріату (МСН), а в понад 86-и державах світу – їх національними нотаріатами, що входять як повноправні члени в цей Союз. **9 жовтня 2013 року Асамблеєю нотаріатів – членів Міжнародного Союзу Латинського Нотаріату (МСЛН) було ухвалено рішення про прийняття України до його лав.**

Як зазначається на офіційному сайті – Міжнародний союз нотаріату (UINL) являє собою співтовариство однодумців та інститут нотаріату латинської типу, членами якого є юристи, незалежні і неупереджені радники, що уповноважені органами державної влади надавати автентичність документам, які вони складають, що забезпечує правову захищеність та договірну свободу [2].

Шлях, довжиною в 20 років необхідно було пройти нотаріату України, з моменту прийняття Закону України «Про нотаріат» [3], в якому був встановлений порядок правового регулювання діяльності нотаріату в Україні, до статусу повноправного члена МСН, інтереси якого представлені при ООН, ЮНЕСКО, Гаазькій конференції з міжнародного приватного права, Європейській Комісії та Європейському Парламенті, Раді Європи, УНІДРУА та інших міжнародних організаціях.

З моменту створення МСЛН в 1948 році по даний час не тільки збільшилася кількість членів союзу, а й розширилася зона впливу фундаментальних положень МСЛН, які знайшли своє закріплення в його Статуті [2]. Як зазначає І. Г. Медведєв, Статуту належить основна роль в організації взаємодії на міжнародному рівні національних нотаріатів різних країн, визначенні концептуальних векторів вдосконалення нотаріальної професії і нотаріальної діяльності, представництві інтересів нотаріату на міжнародній арені [4]. Одним із завдань МСН, що знайшло своє закріплення у Статуті, є просування і застосування фундаментальних принципів системи нотаріату латинського типу, а також принципів нотаріальної етики.

Асамблеєю членів-нотаріатів МСН в Лимі, яка відбулася 8 жовтня 2013 року, був прийнятий документ *DÉONTOLOGIE ET REGLES D'ORGANISATION DU NOTARIAT* (Етика і правила організації нотаріату) [5] в основу якого були покладені оновлені фундаментальні принципи нотаріату латинського типу та нотаріальної деонтології. На прикладі принципів МСН знайшов своє підтвердження висновок, зроблений автором у дисертаційному дослідженні принципів нотаріального процесу в Україні: «Принципи права не можна ототож-

нювати з догмами, що «кристалізують» навіть застарілі норми права, які припинили позитивно впливати на суспільні відносини. Тому з часом принципи права мають бути переглянуті, уточнені й доповнені» [6].

Процедура вступу до МСН, прописана в його Загальному Регламенті [7], затверджену Асамблеєю нотаріатів – членів 2 жовтня 2007 року в Мадриді, з змінами, внесеними 8 листопада 2008 року в Квебеку, 13 листопада 2009 року в Парижі, а також 2 жовтня 2015 року в Ріо-де-Жанейро. А саме, в статті 23 передбачено, що однією із умов вступу національного нотаріату до МСН є відповідність національної нотаріальної системи фундаментальним принципам нотаріату латинського типу, затвердженим Асамблеєю нотаріатів-членів Міжнародного союзу нотаріату Рим (Італія) – 8 листопада 2005 року [8] та принципам нотаріальної деонтології, які були прийняті на зборах нотаріатів – членів МСН в Мехіко 17 жовтня 2004 р. Для цього перевірити на відповідність підпадають повний текст національного закону про нотаріат; існуючі нормативні акти, які так чи інакше стосуються нотаріуса та його діяльності.

Позитивне рішення Асамблеї МСН щодо нотаріату України є підтвердженням того, що вітчизняне законодавство про нотаріат в цілому відповідає основоположним принципам нотаріату латинського типу та нотаріальної деонтології, прийнятим МСН.

Саме принципам, як основним, базовим положенням системи нотаріату латинського типу приділяється особлива увага і вона не обмежується лише їх декларуванням, а метою МСН є їх просування і застосування.

Отже, в рамках даної статті автор має на меті відобразити аналіз застосування нотаріатом України фундаментальних принципів нотаріату латинського типу та нотаріальної деонтології, прийнятих МСЛН.

Слід зазначити, що в українському нотаріаті є цілий ряд проблем, які на нашу думку, потребують свого нагального вирішення, так як їх існування іде врозрід із вищезазначеними принципами.

Так, відповідно до фундаментальних принципів системи латинського нотаріату, нотаріус – фахівець у галузі права – це публічна посадова особа, яка призначається на посаду державою з метою надання достовірності юридичним актам і договорам, які він засвідчує, і консультування осіб, які звернуться до його послуг. Відповідно до статті 3 Закону України «Про нотаріат» нотаріус це уповноважена державою фізична особа. Правовий статус фізичної особи, аж ніяк не можна поставити у відповідність із статусом публічної посадової особи. Крім того, існування змішаної моделі організації нотаріату в Україні приводить до виникнення правових колізій, пов'язаних з відмінністю правового статусу державного і приватного нотаріуса, що закономірно обумовлює певні особливості організації їх діяльності, оплати праці, оподаткування, відповідальності тощо.

Варто погодитися із І. П. Лихолат, яка стверджує, що у приватному нотаріаті поєдналися приватно-правова природа його організаційної форми та публічно-правовий зміст функцій, які він виконує. Як далі зазначає науковець: «природний дисонанс між приватним та публічним детермінує складність у врегулюванні нотаріальної діяльності в цілому, та статусу нотаріуса, зокрема. Напевно, саме через дуалізм між приватним та публічним навіть європейський нотаріат, окрім юридично-нормативних засобів, регулюється ще й моральними нормами: етичні кодекси є невід'ємним джерелом нотаріального права всіх країн нотаріату латинського типу» [9, с.526-527].

Так, зокрема, згідно з пунктом 5 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» від 1 жовтня 2008 року № 614-VI [10] державні нотаріуси в частині оплати праці та пенсійного забезпечення прирівнюються до державних службовців відповідних категорій. Стаж роботи державних нотаріусів у державних нотаріальних конторах зараховується до стажу державної служби. Наявність такої норми, навіряд чи може гарантувати організаційну та економічну самостійність державних нотаріусів, які також є базовими принципами системи латинського нотаріату. Крім того, наступним положенням базових принципів визначено, що нотаріус, будучи наділеним публічною функцією, виконує свої обов'язки незалежним та неупередженим чином, не входячи в ієрархію державних службовців.

За Кримінальним кодексом України (стаття 365-2) нотаріус визнається особою, яка надає публічні послуги. Такий підхід законодавця критикується науковцями [9, с.529] і небезпідставно, проте все-таки вважаю за необхідне встановити визначеність правового статусу нотаріуса.

Отже, враховуючи вищезазначене вважаємо за необхідне закріпити на законодавчому рівні положення, що нотаріус – це особа, яка надає публічні послуги, та крім цього усунути невідповідність у унормуванні організації діяльності приватних і державних нотаріусів. Прикладом такої невідповідності може бути Положення про вимоги до робочого місця (контори) приватного нотаріуса та здійснення контролю за організацією нотаріальної діяльності [11]. За цим положенням встановлюються вимоги до робочого місця приватного нотаріуса. У той же час, на законодавчому рівні не передбачено ні вимог до робочого місця державного нотаріуса, ні сертифікації робочого місця державного нотаріуса та державної нотаріальної контори на предмет їх відповідності до вимог дотримання нотаріальної таємниці та визнання їх придатними для використання як робочого місця державного нотаріуса з метою учинення нотаріальних дій.

Іх відсутність створює усталену практику, коли в одній кімнаті, не обладтаній звукоізоляційними та непрозорими перегородками, одночасно здійснюють прийом осіб, що звертаються за вчиненням нотаріальних дій,

декілька державних нотаріусів. Така практика йде врозрід із базовим принципом, який полягає в тому, що нотаріус, відповідно до публічного характеру своєї функції, повинен дотримуватися професійної таємниці.

Наступний аспект, на що також необхідно звернути увагу. Одним із базових принципів системи латинського нотаріату, пов'язаних із нотаріусом і його службовими обов'язками, є положення за яким нотаріальні послуги, охоплюючи сукупність правової роботи в сфері неупередженого правосуддя, забезпечують клієнту правову безпеку, запобігають можливості виникнення спорів, які можуть бути вирішені за допомогою правової медіації та є необхідним інструментом для здійснення правосуддя.

За проектом Закону України «Про медіацію» [12] медіація – це позасудова процедура врегулювання конфлікту (спору) шляхом переговорів за допомогою одного або декількох посередників (медіаторів); діяльність медіатора – незалежна професійна діяльність з надання допомоги у врегулювання конфлікту (спору) шляхом проведення медіації.

Взявши за основу таке трактування діяльності медіатора можна дійти висновку, що нотаріус, в силу його правового статусу, який зазначений у Законі України «Про нотаріат», не має права бути медіатором та здійснювати діяльність як медіатор.

У Законі України «Про нотаріат» (стаття 3) зазначається, що нотаріус не може займатися підприємницькою, адвокатською діяльністю, бути засновником адвокатських об'єднань, перебувати на державній службі або службі в органах місцевого самоврядування, у штаті інших юридичних осіб, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім викладацької, наукової і творчої діяльності.

Серед прав медіатора, що зазначені в статті 13 Проекту Закону про медіацію зазначено, що медіатор має право займатися своєю діяльністю на оплатній чи безоплатній основі, індивідуально або разом з іншими медіаторами, створювати юридичні особи, об'єднання медіаторів, працювати за наймом та здійснювати підприємницьку діяльність.

Отже, відповідно до чинного законодавства та правових норм, якими пропонується законодавче врегулювання медіації в Україні, нотаріус не може бути медіатором. В свою чергу при здійсненні нотаріальної діяльності з метою забезпечення безспірності правовідносин, для врегулювання яких звернулися до нього особи та для сприяння громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, нотаріус може застосовувати засоби, які властиві в тому числі і медіації: роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду.

Для забезпечення застосування вищезазначеного принципу необхідно внести відповідні зміни до діючого законодавства, якими

на нотаріуса буде покладено обов'язок здійснювати медіацію, в передбачених законом випадках.

Отже, членство нотаріату України в МСЛН покладає на нього додатковий обов'язок привести у відповідність до вимог фундаментальних принципів нотаріату латинського типу та нотаріальної деонтології не тільки Закон України «Про нотаріат», існуючі нормативні акти, які так чи інакше стосуються нотаріуса та його діяльності, а й безпосередньо нотаріальну практику.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Шемшученко Ю. С. Теоретические проблемы гармонизации законодательства Украины с европейским правом // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – 528 с.
2. Міжнародний Союз нотаріату Статут // Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.uinl.org/115/statutes>.
3. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 №3425–XII : за станом на 01 січня 2016 р. / [Електронний ресурс] : Законодавство України // Верховна Рада України (офіційний веб-сайт). – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425–12>.
4. Медведев И. Г. Новая редакция Устава Международного Союза Нотариата // [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.notiss.ru/usrimg/statuts%20UINL.pdf>.
5. DÉONTOLOGIE ET REGLES D'ORGANISATION DU NOTARIAT // [Електронний ресурс] / Режим доступу: : file:///

- D:/%D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/161625deontologie-et-organisation-102013-frpdf.pdf.
6. Горбань Н. С. Принципи нотаріального процесу в Україні : автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Наталя Сергіївна Горбань . – Київ, 2014. – 21 с.
 7. Міжнародний Союз нотаріату Загальний Регламент МСН // Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://npu.in.ua/images/msln/1/regUINLua.pdf>.
 8. Fundamental principles of the latin type notarial system // Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.uinl.org/146/les-principes-fondamentaux-du-notariat-de-type-latin>.
 9. Лихолат І. П. Реалізація принципу правової безпеки і захисту довіри в теорії та практиці нотаріату. Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права та Україна. Збірник наукових статей. Гол. редактор: Андрій Мелешевич. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2013. – 608 с.
 10. Закон України Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» від 01.10.2008 р. № 614-VI // Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/614-17>.
 11. Наказ Міністерства юстиції від 23.03.2011 N 888/5 Про затвердження Положення про вимоги до робочого місця (контори) приватного нотаріуса та здійснення контролю за організацією нотаріальної діяльності / Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0406-11>.
 12. Проект Закону України «Про медіацію» від 29.12.2015 №3665-1 // [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620.

Горбань Наталя Сергіївна

О ПРИМЕНЕНИИ ФУНДАМЕНТАЛЬНЫХ ПРИНЦИПОВ СИСТЕМЫ ЛАТИНСКОГО НОТАРИАТА И НОТАРИАЛЬНОЙ ДЕОНТОЛОГИИ

Статья посвящена исследованию проблем, связанных с применением отдельных фундаментальных принципов нотариата латинского типа и нотариальной деонтологии, принятых МСН. Автор знакомит с нормативными актами МСН, в которых содержатся предостережения относительно вышеупомянутых принципов: Уставом МСН, Общим Регламентом МСН, Фундаментальными принципами системы латинского нотариата и нотариальной деонтологии.

Через анализ действующего отечественного законодательства, существующих нормативных актов, что, так или иначе, касаются нотариуса и его деятельности, а также через рассмотрение нотариальной практики, автор приходит к целому ряду выводов, которые нашли свое отражение в тексте статьи.

Ключевые слова: МСН, нотариат, нотариус, фундаментальные принципы нотариата латинского типа, нотариальная деонтология.

Gorban Nataliia

THE APPLICATION OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF LATIN NOTARIES AND NOTARIAL DEONTOLOGY

The article investigates the problems associated with the use of certain fundamental principles of Latin-type notaries and notarial deontology adopted by the SIT. The author introduces the regulatory enactments of the SIT, which contain warnings regarding the above-mentioned principles: the Charter of the SIT, SIT General Regulations, the fundamental principle of the system of Latin Notaries and notarial deontology.

Through analysis of existing national legislation, the existing regulations, which, one way or another relate to the notary and his work, as well as through the consideration of notarial practice, the author comes to a number of conclusions, which were reflected in the text.

Keywords: MCH, notaries, notary, notaries fundamental principles of Latin-type notarial deontology.

Снідевич Олександр Станіславович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри нотаріального та виконавчого
процесу і адвокатури юридичного факультету,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК: 347.961.414

УСУНЕННЯ НЕДОЛІКІВ НОТАРІАЛЬНОГО АКТА: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

У статті проведено аналіз питання усунення недоліків нотаріального акта. Зроблено висновок, що існує два шляхи усунення таких недоліків: нотаріальний та судовий. Використання того чи іншого шляху виправлення недоліків нотаріального акта залежить від сутності допущеного порушення, наявності спеціальних положень законодавства про способи усунення недоліків, відношення осіб, щодо яких вчинена нотаріальна дія, до виправлення недоліків.

Ключові слова: недолік, недійсність, нотаріус, нотаріальний акт, помилка, свідоцтво.

Наслідком вчинення будь-якої нотаріальної дії є винесений нотаріусом акт, який є завершальною складовою цієї нотаріальної дії. Правові акти, які є волевиявленням нотаріуса на вчинення нотаріальних дій та фіксують їх результати, оформляються нотаріусом згідно з законом у письмовій формі шляхом вчинення або ж різного роду написів, або ж оформленням певного свідоцтва чи складанням акта тощо.

В процесі вчинення нотаріальної дії нотаріус з різного роду причин може допускати помилки при вчиненні нотаріальної дії та оформленні нотаріального акта. Ці помилки можуть полягати як в певній описці, яка хоча й потребує свого виправлення, поміж тим не впливає на дійсність вчиненого нотаріального акта, так і бути більш суттєвими, наслідком яких є недійсність вчиненої нотаріальної дії та постановленого нотаріального акта. У зв'язку з допущеними при вчиненні нотаріальних дій помилками у заінтересованих осіб виникає необхідність у їх виправленні.

Не дивлячись на важливу значущість питань щодо нотаріального акта, зокрема, й виправлення недоліків нотаріального акта, наука нотаріального процесу не приділяла значної уваги вивченню цих питань, що, як наслідок, призводить до різного роду проблем у нотаріальній практиці. Лише окремі аспекти цієї проблеми вивчалися В.В. Баранковою, А.В. Грядовим, Т.Г. Калініченком, Н.В. Круковес, О.П.Печеним, Л.К. Радзівською, С.Я. Фурсою, В.М.Чернишем та деякими іншими науковцями, думки яких суттєво різняться між собою. При цьому, досить часто науковці при вирішенні цих питань виходять зовсім з протилежних засад, акцентують увагу лише на окремих аспектах проблеми. Зазначене, на наш погляд, потребує додаткового аналізу питання виправлення недоліків нотаріального акта.

Метою цієї статті, таким чином, є аналіз тих помилок, недоліків, які допускаються у нотаріальній практиці при винесенні нотаріальних актів, віднайдення шляхів їх виправлення, яке б задовольняло як вимоги науки нотаріального процесу, так і правової практики.

У процесі оформлення нотаріального акта можуть допускатися різного роду помилки, які потребують своїх шляхів вирішення. Як зазначає, наприклад, Є.І.Фурса, коли заповіт нотаріально посвідчений і в ньому не зазначені місце й час його укладення, то це необхідно відносити до помилки нотаріуса, але помилки, яка може бути виправлена. Якщо ж на заповіті відсутній особистий підпис заповідача, то такий заповіт, на його погляд, має визнаватися недійсним [1, с. 99-100]. Безумовно, законодавство про нотаріат повинне передбачати можливість вирішення таких та іншого роду помилок.

Поміж тим, законодавство про нотаріат недостатньо чітко регулює питання щодо усунення недоліків нотаріальних актів. Фактично Закон України «Про нотаріат» не містить чітких положень щодо способів чи підстав усунення таких недоліків. Недостатньо регулюється це питання й на рівні підзаконних нормативних актів, які в певних випадках обмежуються лише загальними формулюваннями щодо виправлення таких недоліків у порядку, встановленому чинним законодавством, не роз'яснюючи що це за порядок та яким законодавством він передбачений.

На думку О.П.Печеного, який при вивченні питання усунення помилок в нотаріальних документах аналізує за аналогією відповідні положення цивільного процесуального законодавства щодо усунення помилок судових рішень в цивільному процесі, в судовому процесі питання усунення недоліків врегульовано більш детально, що, на його думку, дає підстави зазначити про можливість застосування зазначених правил за аналогією і в нотаріальному процесі [2, с. 42-43]. З таким твердженням загалом можна погодитись лише частково.

Так, у судовому процесі виправлення помилок у судових рішеннях досить часто не залежить від волі чи бажання тих чи інших осіб, які беруть участь у справі, хоча може здійснюватись і за їх заявою. У нотаріальному ж процесі, виправлення таких помилок майже завжди повинне здійснюватись за участі заінтересованих осіб хоча б з тих підстав, що оригінали

нотаріальних актів, виправлення недоліків у яких повинне здійснюватись, перебувають у цих осіб. У зв'язку з цим, на наш погляд, будь-яке застосування судового законодавства по аналогії щодо виправлення недоліків нотаріальних актів повинне це враховувати.

Загальний аналіз законодавства про нотаріат та практики його застосування, на наш погляд, дає можливість зробити певні висновки з цього питання.

При визначенні можливості виправлення помилки треба виходити з того, що нотаріус самостійно не може скасувати вчинену ним нотаріальну дію. Відповідно до ч.3 ст.51 Закону «Про нотаріат» у разі виявлення нотаріусом або посадовою особою, які вчиняють нотаріальні дії, що ними допущено помилку при вчиненні нотаріальної дії або вчинена нотаріальна дія не відповідає законодавству, нотаріус або посадова особа, які вчиняють нотаріальні дії, зобов'язані повідомити про це сторони (осіб), стосовно яких вчинено нотаріальну дію, для вжиття заходів щодо скасування зазначеної нотаріальної дії відповідно до законодавства. Виходячи з цього, ініціатива щодо скасування нотаріальної дії (а відтак і акта, постановленого за наслідком вчинення цієї дії) завжди виходить від заінтересованих осіб. Такий висновок підтверджується й матеріалами судової практики.

Так, рішенням Вільнянського районного суду Запорізької області від 18.01.2010 р. Вільнянській державній нотаріальній конторі Запорізької області було відмовлено в позові до Особа_2, Особа_3, третя особа – відділ Держкомзему у Вільнянському районі Запорізької області, про скасування нотаріальної дії та визнання Свідоцтва про право на спадщину недійсними. У своєму рішенні суд вказав, що виходячи з положень ч. 3 ст. 51 Закону «Про нотаріат» Вільнянська державна нотаріальна контора не є належним позивачем по цій справі, вона не може вимагати визнати свої дії недійсними. Це право належить виключно заінтересованим особам, яким позивач не є [3].

Фактично законодавство та юридична практика передбачає два порядки виправлення недоліків нотаріального акта – нотаріальний та судовий.

Нотаріальна процедура виправлення недоліків нотаріального акта передбачає виправлення їх самим нотаріусом.

Так, допущені нотаріусом у нотаріальному акті помилки за певних умов можуть бути виправлені нотаріусом як за власною ініціативою, так і за ініціативою учасників нотаріальної дії. В такому випадку нотаріальна дія не скасовується, а винесений нотаріусом нотаріальний акт приводиться у відповідність до вимог законодавства.

Можливість самостійного виправлення нотаріусом недоліків нотаріального акта передбачають Правила ведення нотаріального діловодства, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 22.12.2010 р. № 3253/5.

Так, згідно з п.6.16 Правил посвідчувальний напис повинен бути написаний зрозуміло, чітко, грамотно, без підчисток. Дописки чи виправлення, зроблені у тексті посвідчувального напису, застерігаються нотаріусом, який вчиняв нотаріальну дію, після посвідчувального напису і скріплюються його підписом і печаткою із зазначенням дати.

У разі допущення помилки у тексті нотаріального акта, який не потребує підпису особи, що звернулася за вчиненням нотаріальної дії (наприклад, у свідоцтві), внесення дописок чи виправлень до тексту нотаріального акта здійснюється за заявою такої особи, зареєстрованою у Журналі реєстрації вхідних документів. Виправлення помилки застерігається нотаріусом, який вчиняв нотаріальну дію, після посвідчувального напису, із зазначенням дати та проставленням свого підпису і печатки на такому застереженні. При цьому, всі виправлення мають бути зроблені таким чином, щоб можна було прочитати як виправлене, так і помилково написане, а потім закреслене (п.6.13 Правил).

У разі, якщо допущені помилки можуть бути виправлені нотаріусом, такі виправлення здійснюється лише тим нотаріусом, який вчинив нотаріальну дію. Інший нотаріус не вправі усувати недоліки такого нотаріального акту. Важливою умовою такого виправлення повинна бути наявність згоди особи, щодо якої вчинена нотаріальна дія. У практиці саме відсутність такої згоди особи у зв'язку з її смертю унеможлиблює виправлення помилок у окремих правовстановлюючих документах на спадкове майно, які подаються спадкоємцем для отримання свідоцтва про право на спадщину [4].

Другий шлях усунення недоліків нотаріального акта – судовий. В судовому порядку нотаріальний акт може бути визнаний недійсним частково або повністю судом за позовом заінтересованої особи. Необхідно погодитись з думкою В.В.Баранкової, що скасування нотаріальних актів допускається тільки судом [5, с. 121].

Так, згідно зі ст.50 Закону «Про нотаріат» нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду. Право на оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні, нотаріального акта має особа, прав та інтересів якої стосуються такі дії чи акти.

Судовий спосіб усунення недоліків нотаріального акту застосовується тоді, коли, виходячи з суті порушення, воно або ж може бути усунуте лише судом, або ж і самостійно нотаріусом, однак коли хоча б одна з осіб, стосовно яких вчинено нотаріальну дію, заперечує це. Таким чином, якщо нотаріальний акт по суті є неправильним, вчиненим помилково, за відсутності для того правових підстав, виправлення цієї помилки можливе виключно в судовому порядку.

Так, неправомірно (або ж навіть помилково) видане особі свідоцтво про право на спадщину визнається недійсним виключно в судовому порядку. Скасування його самим

нотаріусом неможливо навіть за згоди усіх заінтересованих у цьому осіб (спадкоємців). Поміж тим, окремі описки, допущені нотаріусом у такому свідоцтві, можуть бути виправлені самим нотаріусом.

В окремих випадках порушення законодавства при вчиненні нотаріальної дії закон прямо передбачає недійсність нотаріальної дії та, як наслідок, постановлених нотаріальних актів.

Так, стаття 9 Закону «Про нотаріат», яка містить обмеження у праві вчинення нотаріусом нотаріальних дій, зокрема, щодо своїх родичів, наслідком порушення цих правил передбачає недійсність вчиненої нотаріальної дії.

Окремі подібні положення містила й вже не чинна на даний час Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. №20/5.

Так, пункт 5 цієї Інструкції передбачав, що нотаріальні дії, які згідно з законодавством повинні бути вчинені з використання спеціальних бланків нотаріальних документів, але були вчинені без використання таких, є нечинними. Поміж тим, діючий Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України цього не передбачає.

Таким чином, за наявності визначених законодавством порушень постановлені нотаріальні акти є недійсними. Причому, виходячи з наведених положень законодавства, вони є недійсними з моменту їх постановлення, а для підтвердження їх недійсності не потрібне навіть звернення до суду. Поміж тим, такі формулювання законодавства лише породжують проблеми на практиці, оскільки відсутність чіткого підтвердження недійсності цих актів у правовій дійсності призводить до різного роду сумнівів у суб'єктів правовідносин. Більш доцільним було б передбачити механізм визнання таких нотаріальних актів недійсними та необхідність підтвердження факту недійсності цих актів певним юрисдикційним органом з винесенням про це окремого рішення.

Так, наприклад, у разі видачі нотаріусом свідоцтва про право на спадщину своєму родичу, це свідоцтво, виходячи з положень ст.9 Закону «Про нотаріат», є недійсним. Поміж тим, у зв'язку з відсутністю відповідного рішення, яким би було підтверджено факт його недійсності, ніщо не забороняє особі, якій це свідоцтво видане, використовувати його у практиці. А постраждати за таких умов можуть насамперед інші суб'єкти правовідносин. У зв'язку з цим, більш доцільним було б передбачити процедуру визнання такого акту

недійсним, аніж обмежитися лише декларативною нормою про його недійсність.

З урахуванням всього наведеного можна зробити висновок, що при визначенні способу (нотаріального чи судового) усунення недоліків нотаріального акту, пов'язаних з порушенням законодавства при його постановленні, необхідно враховувати: 1) сутність порушення (наприклад, чи полягало це порушення в неправильному застосуванні норм матеріального права, або ж чи це було лише порушення правил оформлення нотаріального акта, передбачених нормами нотаріального процесуального права); 2) чи передбачає законодавство спеціальні правові наслідки, викликані таким порушенням законодавства, або ж спеціальні способи усунення недоліків нотаріального акта; 3) відношення осіб, щодо яких вчинена нотаріальна дія, до виправлення недоліків.

Загалом же питання усунення недоліків нотаріальних актів потребує свого додаткового вивчення, а законодавство – суттєвого удосконалення. Так, необхідно було б досить чітко врегулювати питання щодо того, які помилки є технічними (граматичними чи арифметичними) та могли б бути виправлені самим нотаріусом, а які є досить суттєвими помилками, вчинення яких впливає на законність самої дії та виправлення яких можливе у судовому порядку. Таке додаткове вивчення та врегулювання у законодавстві зазначених проблем може здійснюватись, зокрема, й з урахуванням висновків, зроблених у цій статті.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Фурса Є.І. Особливості розгляду справ про визнання заповіту недійсним / Є.І.Фурса // Юридичний журнал. – 2002. – №3. – С.99-100.
2. Печений О.П. Усунення помилок в нотаріальних документах (постановка проблеми) / О.П.Печений // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2011. – №4. – С. 41-43.
3. Цивільна справа № 2-261/2010 р. // Архів Вільнянського районного суду Запорізької області.
4. Узагальнення судової практики розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні, підготовлене Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних та кримінальних справ / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sc.gov.ua/uploads/tinymce/files/%D0%92%D0%B8%D1%82%D1%8F%D0%B3%20%D0%B7%20%D1%83%D0%B7%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%201.doc>
5. Комаров В.В. Нотаріат в Україні : підручник / В.В. Комаров, В.В. Баранкова. – Х. : Право, 2011. – 384 с.

Снидевич Александр Станиславович **УСТРАНЕНИЕ НЕДОСТАТКОВ НОТАРИАЛЬНОГО АКТА:** **ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

В статье анализируются вопросы устранения недостатков нотариального акта. Сделано вывод о существовании двух способов устранения таких недостатков: нотариальный и судебный. Использование того или иного способа устранения недостатков нотариального акта зависит от сущности

нарушения, наличия специальных положений законодательства о способах устранения недостатков, позиции лиц, в отношении которых совершено нотариальное действие, к исправлению недостатков.

Ключевые слова: недостаток, недействительность, нотариус, нотариальный акт, ошибка, свидетельство.

Snidevych Oleksandr

CORRECT DEFICIENCIES OF A NOTARIAL ACT: ISSUES OF THEORY AND PRACTICE

The article analyzes the issues of elimination of defects of a notarial deed. Made a conclusion that there are two ways to eliminate these disadvantages: notarial and litigation. The use of a method of eliminating the disadvantages of a notarial deed depends on the nature of violations, the presence of specific legal provisions on how to address the shortcomings, the position of persons in respect of whom committed notarial act, to remedy the shortcomings.

Keywords: lack, invalidity, notary, notarial act, error, certificate.

Строкач Ірина Іванівна,

здобувач Київського університету права НАН України,
головний спеціаліст відділу забезпечення роботи секретаря
судової палати управління забезпечення роботи
четвертої судової палати Вищого господарського суду України,

УДК 347.9

ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК ОСКАРЖЕННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСА ДО СУДУ ТА ЙОГО НАСЛІДКИ

У статті аналізуються проблеми оскарження виконавчого напису нотаріуса до суду. Здійснюється аналіз процесуального законодавства. Запропоновано шляхи вирішення існуючих проблем.

Ключові слова: виконавчий напис, нотаріус, суд, нотаріальний акт, правочин.

Нотаріус є публічною особою, якій державою надано повноваження щодо посвідчення прав і фактів, які мають юридичне значення, та вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності. Вчиняючи нотаріальні дії, нотаріус діє неупереджено, він не може діяти в інтересах жодної з осіб – сторін нотаріальної дії. Нотаріус не стає учасником цивільних правовідносин між цими особами, а отже, не може порушувати цивільні права, які є змістом цих відносин. Відсутня і процесуальна заінтересованість нотаріуса в предметі спору та реалізації прийнятого рішення. Основною ознакою сторін цивільного процесу є їхня особиста і безпосередня заінтересованість, саме сторони є суб'єктами правовідношення, з приводу якого виник спір [1].

Нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду. Право на оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні, нотаріального акту має особа, прав та інтересів якої стосуються такі дії чи акти.

Спір про визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, або про повернення стягнутого за виконавчим написом нотаріуса розглядається судом за позовом боржника до стягувача.

Існує позиція, що виконавчий напис не є правочином. Поняття правочину надано в частині першій статті 202 Цивільного кодексу

України: правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Згідно зі статтею 215 Цивільного кодексу України поняття недійсності застосовується до правочинів. Стаття 18 Цивільного кодексу України встановлює, що вчинення виконавчого напису на борговому документі – це здійснення нотаріусом захисту цивільних прав [2]. Тому, коли предметом спору є визнання виконавчого напису недійсним, такий предмет позову не відповідає нормам цивільного та цивільного процесуального законодавства України.

При вирішенні спору між боржником та стягувачем зазвичай суд витребує у нотаріуса виконавчий напис, що залишається у справах нотаріуса, та документи, відповідно до яких він вчинявся.

Відповідно до статті 8 Закону України «Про нотаріат» довідки про вчинені нотаріальні дії та інші документи надаються нотаріусом протягом десяти робочих днів на обґрунтовану письмову вимогу суду, прокуратури, органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування у зв'язку з кримінальним провадженням, цивільними, господарськими, адміністративними справами, справами про адміністративні правопорушення, що знаходяться в провадженні цих органів, з обов'язковим зазначенням номера справи та прикладенням гербової печатки відповідного органу [3].

З огляду на вищезазначене, нотаріус зобов'язаний надати суду витребовувані документи в строки передбачені законодавством, шляхом особистої участі у судовому процесі, або ж у зв'язку з завантаженістю просити суд розглядати справу без участі нотаріуса та надіслати запитувані судом документи поштою з відповідними поясненнями та позицією щодо зазначених тверджень, що містяться в позовній заяві.

На практиці трапляються випадки, коли до нотаріуса, який вчинив виконавчий напис, звертається боржник з проханням надати даний виконавчий напис та документи на підставі яких він вчинявся для ознайомлення, так як його було вчинено за відсутності боржника.

Враховуючи норми законодавства, в тому числі статтю 8 Закону України «Про нотаріат», нотаріальна таємниця – сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, в тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки [3].

Довідки про вчинені нотаріальні дії та копії документів, що зберігаються у нотаріуса, видаються нотаріусом виключно фізичним та юридичним особам, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії [3].

Таким чином, при вчиненні виконавчого напису боржник не являється особою за дорученням якої або щодо якої вчинялася нотаріальна дія. Даною особою буде вважатися та, що подавала документи, по закінченню нотаріального процесу отримала виконавчий напис та поставила свій підпис в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій, тобто стягувач, права якого були порушені.

Практика судів щодо визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню різноманітна, так як наявні прогалини в законодавстві, що в свою чергу породжує різне трактування норм закону. Вищий господарський суд України, у своїх постановках по справах про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, неодноразово вказував на те, що належними доказами, які можуть підтверджувати наявність чи відсутність заборгованості, а також встановлювати розмір зазначеної заборгованості, можуть бути виключно документи первинної бухгалтерської документації оформлені у відповідності до норм Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність» – платіжні доручення, меморіальні ордери, розписки, чеки тощо.

Крім того, у постанові Вищого господарського суду України від 11.12.2012 у справі № 15/5025/428/12 зазначено, що безспірною заборгованістю є заборгованість боржника, з якою останній погоджується, що, відповідно, виключає можливість спору зі сторони боржника щодо її розміру, строку, за який вона нарахована, тощо, а відтак і документи, які підтверджують її безспірність, і на підставі яких нотаріусами здійснюються виконавчі написи, мають бути однозначними, безза-

перечними, та такими, що містять вираз волі стосовно наявності певної заборгованості не тільки кредитора, а й самого боржника, або ж безумовно підтверджують наявність у боржника перед кредитором заборгованості саме в такому розмірі [4].

У постанові Вищого господарського суду України від 16.05.2012 у справі № 6/161н/2011 зазначено, що заява про вчинення виконавчого напису, оригінал договору іпотеки, заява про відкликання кредиту та про звернення стягнення на майно, зроблений банком в односторонньому порядку розрахунок заборгованості позивача за відсутності наданої нотаріусу виписки з особового (позичкового) рахунку позивача не підтверджують безспірність вимог банку до боржника. Жоден поданий документ, не підтверджує безспірність вимог відповідача до позивача. Так, ні заява про вчинення виконавчого напису, ні оригінал договору іпотеки, ні заява про відкликання кредиту та про звернення стягнення на майно, ні зроблений банком розрахунок заборгованості боржника, за відсутності наданої нотаріусу щонайменше виписки з особового (позичкового) рахунку розцінені судами попередніх інстанцій як такі, що не підтверджують безспірність вимог кредитора до боржника [5].

Водночас, нерідко Вищий господарський суд України відхиляючи від вказаного підходу звертає увагу на те, що нотаріус при вчиненні виконавчого напису про звернення стягнення на предмет іпотеки лише перевіряє перелік документів та наявність документів відповідно до Переліку, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку, а встановлення обов'язків учасників правовідносин не віднесено до обов'язку нотаріуса при вчиненні виконавчого напису, а отже, висновок щодо обов'язку нотаріуса встановити однозначність, беззаперечність документів наданих для вчинення виконавчого напису, які стовідсотково підтверджують наявність у боржника перед кредитором заборгованості не відповідають положенням законодавства та є необґрунтованими [6].

В ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ зазначено, що нотаріус не врахував та не перевіряв факту наявності чи відсутності спору стосовно розміру заборгованості за кредитним договором, оскільки виконавчий напис вчинено на більшу суму, ніж вказана у письмовій вимозі, яка була направлена позивачу, тому визначена сума не є безспірною, а виконавчий напис не підлягає виконанню [7].

У постанові Вищого господарського суду України висловлено правову позицію щодо особливостей надіслання вимоги. Так, виконавчий напис, який вчиняється на її підставі має відповідати змісту наведеного в ній порушення. Якщо у вимозі кредитора зазначена одна сума, а у виконавчому написі визначена інша, хоча вони і базуються на єдиних розрахунках, – сума боргу не може вважатись безспірною, що є необхідною умовою для вчинення нотаріусом виконавчого напису [8].

На думку автора, в основі вчинення нотаріальної дії лежить факт безспірності певної заборгованості, тому нотаріус не повинен переконуватися у безспірності розміру сум, що підлягають стягненню, тому що вчинення виконавчого напису – це не вирішення спору між кредитором і боржником, а підтвердження наявності заборгованості боржника з виконання грошового зобов'язання. Дана позиція підтверджується ухвалами Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ, в якій суд дійшов висновку що різниця в розмірі заборгованості на дату направлення позивачу вимоги та дати вчинення виконавчого напису нотаріуса пов'язана зі спливом строку, за який нараховані суми, передбачені кредитним договором, про що у вимозі банку позивач повідомлявся [9, 10].

Спір про право, заснований на вчиненні нотаріальних дій, розглядається судом у порядку позовного провадження. Спір про визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса майна (грошей) розглядається судом за позовом боржника до стягувача. Також цікавим є твердження суду щодо того, що нотаріусу не були надані документи на підтвердження видачі грошових коштів боржнику та нотаріусом не був перевірений факт отримання боржником грошових коштів і не встановлена точна дата, з якої необхідно проводити розрахунок заборгованості, тобто відсутній факт безспірності [11].

З урахуванням рішення Деснянського районного суду місті Києва, де було встановлено, що чинне законодавство не зобов'язує нотаріуса викликати боржника і з'ясовувати наявність чи відсутність його заперечень проти вимоги стягувача (кредитора), вбачається, що право боржника на захист його інтересів забезпечується шляхом направлення йому кредитором повідомлення про заборгованість та необхідність її погашення, що підтверджується копією листа стягувача, а також пошто-вим повідомленням.

Як показує практика, при вчиненні виконавчих написів нотаріуси не дотримуються чинного законодавства та не враховують існуючу судову практику, зокрема, стосовного того, що: стаття 26 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» не передбачала звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження на підставі виконавчого напису нотаріуса, відповідно до статті 11 Закону України «Про іпотеку», майновий поручитель несе відповідальність перед іпотекодержателем за невиконання боржником основного зобов'язання виключно в межах вартості предмета іпотеки, стягнення штрафу і пені за одне і те ж правопорушення суперечить вимогам статті 61 Конституції України, відповідно до статті 554 Цивільного кодексу України, у разі укладення кількох договорів поруки на

виконання того самого зобов'язання, поручителі не несуть солідарної відповідальності між собою, у такому випадку кредитор має право пред'явити вимогу до кожного з поручителів на підставі окремого договору.

Виходячи з судових прецедентів, розрахунок боргу, підготовлений стягувачем, є лише відображенням односторонніх арифметичних розрахунків, не погоджених з боржником.

Чинним законодавством не визначено за яких умов та обставин може бути визнано виконавчий напис нотаріуса таким, що не підлягає виконанню.

На практиці досить часто виникає питання – чи можливо застосувати способи звернення стягнення визначені статтями 37 та 38 Закону України «Про іпотеку», у разі якщо за іпотечним договором вже здійснювався виконавчий напис нотаріуса або ж є рішення суду в наявності про звернення стягнення на предмет іпотеки.

Верховним Судом України висловлено правову позицію: «...звернення стягнення на предмет іпотеки не призводить до заміни основного зобов'язання на забезпечувальне. Тому задоволення вимог за дійсним зобов'язанням одночасно чи за наявності рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки не може мати наслідком подвійного стягнення за основним зобов'язанням, оскільки домовленість сторін про його заміну забезпечувальним зобов'язанням відсутня» [12].

Крім того спосіб звернення стягнення за іпотечним договором на підставі виконавчого напису набуває все більшої актуальності, адже, в судовій практиці спостерігається тенденція відмовляти кредиторам (як шляхом рішення, так і шляхом відмови у відкритті провадження по справі) у випадках, коли кредитор не реалізував своє право на ініціацію позасудових способів звернення стягнення.

Позиція судів зводиться до того, що судове звернення стягнення можливе лише тоді, коли спроби звернути стягнення у позасудовому порядку не призвели до позитивного для кредитора результату.

Не відповідність до норм чинного законодавства призводить до неоднакового вирішення справ за позовами про визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Отже, можна виділити найбільш поширені підстави для визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, а саме:

– порушення порядку вчинення виконавчого напису – нотаріус вчинив виконавчий напис на підставі заяви без вказання строку, за який має провадитися стягнення щодо іпотечного договору;

– не надсилання вимоги стягувача – так, якщо стягнення відбувається за іпотечним договором. В разі порушення основного зобов'язання та (або) умов іпотечного договору вчинення виконавчого напису здійснюється нотаріусом після спливу тридцяти днів з моменту надіслання іпотекодавцем та боржником, якщо він є відмінним від іпотекодавця,

письмової вимоги про усунення порушень. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору;

– сплив строків давності – виконавчий напис можна вчинити, якщо з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року строк, пропущений строк стягувачем навіть з поважних причин, не може бути поновлений нотаріусом;

– неповнота та невідповідність законодавству документів, що були надані нотаріусу – нотаріус здійснив виконавчий напис на підставі документів, що не підтверджують безспірність;

– відсутність у змісті виконавчого напису відомостей, що передбачені законодавством – нотаріус не зазначив обов'язкові відомості передбачені законодавством України, наприклад дату набрання чинності виконавчим написом.

Знаючи найбільш поширені прогалини у нотаріальній практиці при вчиненні виконавчого напису, нотаріус в подальшому зможе їх передбачити та відповідно врахувати в своїх діях, що в свою чергу призведе до меншої кількості оспорюваних виконавчих написів через недопрацювання нотаріуса.

Таким чином, контроль за законністю вчинення нотаріальних дій може здійснювати виключно суд як єдиний орган, що своїм рішенням може визнати незаконним: нотаріальну дію, відмову у вчиненні нотаріальної дії, нотаріально посвідчені правочини. Тільки суд також може визнати нотаріуса зобов'язаним відшкодувати шкоду, заподіяну внаслідок незаконних дій нотаріуса. Адже, правова допомога, що надається нотаріусом, не повинна бути джерелом конфліктів, не повинна порушувати будь-яких прав і законних інтересів, яких торкається вчинення нотаріальних дій, а нотаріальний акт може підтверджувати і закріплювати лише безперечний факт або право.

У справах про оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні основним завданням судової системи являється перевірка законності дії нотаріусів або відповідних посадових осіб, які вчиняють нотаріальні дії чи які відмовили в їх вчиненні.

Перевіряючи законність дій нотаріуса, на суддю покладається обов'язок детального та всебічного вивчення законодавства, на підставі якого діяв нотаріус чи інша посадова особа, уповноважена на вчинення нотаріальної дії, дослідити всі докази і з'ясувати обставини, що мають значення для справи. Це, у свою чергу, дає суду можливість винести законне й обґрунтоване рішення.

За наслідками аналізу судової практики можливо визначити, що основним питанням, яке виникає під час розгляду даної категорії спорів є питання щодо встановлення факту

наявності безспірних вимог до боржника з боку кредитора.

Вищенаведений детальний аналіз, підтверджує наявну проблематику, так як велика кількість виконавчих написів нотаріусів у судовому порядку визнаються такими, що не підлягають виконанню. Це пов'язано як із намаганням боржників захистити свої інтереси від спроби кредиторів задовольнити вимоги таким способом, так і з недосконалістю правового регулювання процедури вчинення виконавчих написів, під час якої кредиторами та нотаріусами допускаються помилки, що дають змогу в судовому порядку оспорювати відповідні дії.

Удосконалення правового механізму вчинення виконавчих написів, а також визначення однотайного підходу судів до вирішення відповідних судових спорів, як механізму забезпечення дотримання прав та законних інтересів боржника під час такої нотаріальної дії, має важливе значення для правового аспекту використання виконавчих написів у цивільних правовідносинах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Голобородько В. Нотаріус у цивільному процесі // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2011. – № 6 (60). [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.yurradnik.com.ua/stride/men/?m=authors&aut=814&art=1877>.
2. Цивільний кодекс України. Закон України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України, 2003, №№ 40-44, ст.356.
3. Про нотаріат. Закон України від 02.09.1993 № 3426-XII // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 39, ст.383.
4. Постанова Вищого господарського суду України від 11.12.2012, справа № 15/5025/428/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28073284>.
5. Постанова Вищого Господарського суду України від 16.05.2012, справа № 6/161н/2011 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24175232>
6. Постанова Вищого господарського суду України від 09.10.2012, справа № 5015/1291/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26402349>.
7. Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22.10.2014, справа № 6-21620св14 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41176093>.
8. Постанова Вищого господарського суду України від 29.10.2012, справа № 09/05/5026/889/2011 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27202580>.
9. Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ від 12.02.2014 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Ре-

- жим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37194902>.
- Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ від 26.02.2014 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37432491>.
 - Судова практика в справах за участю нотаріуса. Рішення Дзержинського районного

суду міста Харкова від 30.01.2014, справа № 2/638/558/14 // Бюлетень нотаріальної практики. Нотаріальна палата України. Журнал Нотаріат України. К.: 2014.

- Постанова Верховного суду України від 09.09.2014, справа №922/3658/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD140154.html.

Строкач Ирина Ивановна
ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ОБЖАЛОВАНИЯ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ
НАДПИСИ НОТАРИУСА В СУДЕ И ЕГО ПОСЛЕДСТВИЯ

Статья посвящена основным проблемам оспаривания исполнительных надписей нотариуса в судебном порядке. Осуществлен анализ процессуального законодательства. Предложены пути решения.

Ключевые слова: исполнительная надпись, нотариус, суд, нотариальный акт, сделка.

Strokach Irina
GROUND AND PROCEDURE OF CHALLENGING THE EXECUTIVE ESSAY NOTARY
IN COURT AND ITS CONSEQUENCES

The scientific article is devoted to the problems of challenging the executive essay notary in courts. The analysis procedural legislation. The ways of solving these problems.

Keywords: executive essay notary, notary, court, notarial act, transaction.

Фурса Євген Євгенович,

кандидат юридичних наук, аташе на посаді другого секретаря Міністерства закордонних справ України

УДК 341.72+347.65

ЗАХИСТ НОТАРІАЛЬНИХ ДОКУМЕНТІВ ТА ЙОГО ВПЛИВ
НА ПРАВА ГРОМАДЯН, ЮРИДИЧНИХ ОСІБ:
ДІЯЛЬНІСТЬ НОТАРІУСІВ ТА КОНСУЛІВ

У статті піднято проблему про захист нотаріальних документів, запропоновано шляхи такого захисту як нотаріусом, так і консулом. Внесено ряд пропозицій щодо удосконалення нотаріусом, консулом процедури вчинення нотаріальних дій, оформлення нотаріальних актів та удосконалення нотаріального діловодства. Розкрито значення захисту нотаріальних документів для реалізації громадянами, юридичними особами їхніх безспірних прав з метою надання їм юридичної вірогідності.

Ключові слова: нотаріальний документ, захист, нотаріус, консул, підпис, нотаріальний бланк.

Захист нотаріальних документів є багатоаспектною правовою проблемою, яка пов'язана з необхідністю удосконаленням як процедури вчинення уповноваженими особами нотаріальних дій, так і оформлення самого нотаріального акту. Окремі фахівці шукають способи вирішення існуючих проблем за рахунок недосконалостей в нотаріальній діяльності і в такому випадку саме з нотаріальним актом пов'язується недійсність договору та відповідних прав громадян. Нотаріальний документ слід сприймати у тому контексті, що він відрізняється від інших документів високою юридичною вірогідністю встановлених в ньому фактів, а також породжує довіру з боку населення та всіх уповноважених осіб до його змісту.

Розглядаючи захист нотаріальних документів в різних площинах, мусимо об'єктивно визнати, що способи захисту нотаріальних актів розширюються, зокрема, це прояв-

ляється у появі спеціальних нотаріальних бланків на яких викладаються нотаріальні документи. Такі бланки характеризуються низкою захисних знаків, які зменшують ризик підробки документів. Сучасна нотаріальна діяльність істотно прогресує за рахунок впровадження новітніх технологій, зокрема, оформлення нотаріальних документів за допомогою комп'ютерних технологій та Інтернету. Комп'ютер та Інтернет слід розцінювати не лише як засіб запам'ятовування корисної та необхідної нотаріусу (консулу) інформації, але й як засіб зберігання проектів нотаріальних документів, до яких швидко можуть вноситися зміни з урахуванням різних життєвих ситуацій, за вирішенням яких клієнти звертаються до нотаріуса, консула. Не можна не враховувати значення Інтернету для нотаріусів та консулів, завдяки якому в лічені секунди вони може отримати необхідну для вчинення

нотаріальних дій інформацію та передати відомості про вчинені нотаріальні провадження на зберігання на зовнішньому сервері, зокрема, шляхом внесення відомостей в різні електронні реєстри. Ці позитивні новітні риси зародків інформаційних технологій у нотаріальній діяльності застерігають підробку заповітів, зокрема, не можливість їх посвідчення попередньою датою, а також забезпечують від підробки нотаріального документу з посвідчення інших правочинів.

Тому ставлячи перед собою завдання дослідити захист нотаріальних документів в правовому контексті ми мусимо продовжувати говорити не тільки про підвищення захисту від підробки бланків нотаріальних документів при все більшому прогресі копіювальної техніки, а й про характерні ознаки нотаріального документу в правовому контексті, тобто як носія певної юридично вагомої інформації. Дійсно, нотаріуси здатні перевірити достовірність бланку в лічені секунди або отримати інформацію про те посвідчувався даний правочин, чи вносились до нього зміни, чи скасовувався він, чи має місце заборона відчуження об'єктів нерухомості тощо. Саме така інформація підвищує гарантії достовірності нотаріального акту. Нотаріальний бланк, посвідчувальний напис нотаріуса, його печатка є також захисними засобами нотаріального акту.

Але автор вважає доцільним зупинитися на аналізі проблеми щодо захисту нотаріальних актів, які виходять від посадових осіб консульських установ та дипломатичних представництв, оскільки до компетенції останніх як міжнародними (Віденська конвенція про консульські зносини), так і національними актами (ст. 38 Закону України «Про нотаріат») віднесено виконання нотаріальної функції за кордоном. Автором уже ця проблема піднімалась та розкривалися питання, які мають істотне значення для оформлення консулом процесу вчинення нотаріальних дій та актів, зокрема, щодо процесу спадкування. Висловлено думку про доцільність використання консулом бланків нотаріальних документів, оскільки вони гарантовані від підробки, мають істотне значення для обігу нотаріальних актів у міжнародному просторі. З метою забезпечення дійсності нотаріальних актів запропоновано наділити консула повноваженнями щодо безпосередньої реєстрації, зокрема, нотаріальних актів, які мають відношення до спадкування у Спадковому реєстрі, оскільки заявники в силу об'єктивних обставин можуть не подати заяву про необхідність внесення відомостей про посвідчений наприклад, заповіт до даного реєстру, що може призвести до негативних наслідків [1]. З цієї метою автором запропоновано налагоджувати шляхи безпосередньої співпраці консульських установ з Міністерством юстиції України щодо забезпечення доступу консулів до реєстрів з метою отримання терміново інформації, необхідної для вчинення нотаріальних дій, забезпечення консула нотаріальними бланками. Така співпраця має регламентуватися у спільних підза-

конних актам Міністерства закордонних справ України і Міністерства Юстиції України, інформаційних листах та знайти своє нормативне закріплення у законодавстві [2]. Усі такі заходи нададуть можливість розширити повноваження консулів, тобто збільшити кількість нотаріальних дій, що позитивно позначиться на правах наших громадян та юридичних осіб за кордоном, які потребують такої правової допомоги, а також і поповнення державного бюджету.

Слід аналізувати й засоби, які індивідуалізують кожний нотаріальний документ, зокрема, таким засобом є особистий підпис особи при вчиненні нотаріальної дії. Особистий підпис учасника правочину на нотаріальному документі надає йому більшої захищеності і юридичної вірогідності та є доказом безпосередньої участі у вчиненні нотаріальної дії заявника на зовнішньому носії – нотаріальному документі, а не лише в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій. Так, при видачі свідоцтва про право на спадщину має бути присутній спадкоємець і цей факт можна встановити за відповідним реєстром, але наявність підпису спадкоємця в свідоцтві дозволить встановлювати безпосередній факт його згоди на отримання спадщини та свідоцтва про право на спадщину. Зрозуміло, що це положення дискусійне і орієнтоване на те, щоб привернути увагу на наступних більш складних положеннях, які стосуватимуться зв'язку змісту нотаріального документу, зафіксованого у законодавстві, з теорією нотаріального процесу та цивільним правом.

Зокрема, розглянемо встановлені у Правилах ведення нотаріального діловодства, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 22.12.2010 р. № 3253/5 (надалі – Правила), назви форм та відповідний зміст свідоцтв, щоб відповідно їх сприймати. Так, форма № 9 називається «Свідоцтво про право на спадщину на обов'язкову частку щодо нерухомого майна, у разі якщо частка у спадщині спадкоємця за заповітом залишилась відкритою», а сам документ (свідоцтво) з невідомих причин отримало назву «Свідоцтво про право на спадщину за законом», хоча право на обов'язкову частку визначається лише при спадкуванні за заповітом. Цілком зрозуміло, що ця проблема не зовсім продукуюється Міністерством юстиції України, оскільки воно стало заручником недосконалості понятійного апарату ЦК, де визначено лише два види спадкування: за заповітом і законом, а право на обов'язкову частку здійснюється при спадкуванні за заповітом і всупереч волі заповідача, тобто відповідно до ст. 1241 ЦК. Отже, через брак законодавчо встановлених понять можна говорити лише про такі види спадкування як за законом та заповітом. Але ж з урахуванням правового змісту права на обов'язкову частку, деякі вчені виділяють третій вид спадкування та дають йому самостійну назву: «Спадкування за правом на обов'язкову частку у спадщині» [3]. Більше того, у разі одночасного спадкування і за заповітом, і за законом, коли

не вся спадщина охоплена заповітом матиме місце змішане спадкування [4], яке так само потрібно визнати відносно самостійним видом спадкування. Інакше виходить, що назва не відповідає правовому змісту документа.

Якщо ж проаналізувати застосоване в назві форми поняття «... частка у спадщині спадкоємця за заповітом залишилась відкритою», то можна помітити, що ні в ЦК, ні в Законі України «Про нотаріат» не застосовується поняття «відкрита частка у спадщині». Загалом це поняття заслуговує на особливу увагу і на дослідження наслідків такого стану в теоретичному плані.

Автор вважає, що спадкоємець, який отримав право на спадкування, але не реалізував його до смерті в установленому законом порядку (ст. 182 ЦК) не може вважатися таким, що став власником майна. Тому при наявності в нього спадкоємців вони можуть стати його правонаступниками, а при відсутності спадкоємців, на нашу думку, тут не може йтися про визнання успадкованих, але не зареєстрованих прав, відумерлою спадщиною. За аналогією з договором дарування ч. 3 ст. 723 ЦК, де смерть однієї із сторін припиняє договір дарування, так само має вважатися право на отримання свідоцтва про право на спадщину припиненим. Питання полягає в тому, що для відкриття спадщини потрібні правостановлювальні документи на майно, а таких в даному конкретному випадку не існує. Априорі, заповідач бажав успадкування спадщини зазначеними в заповіді спадкоємцями, а при їх відсутності або неотриманні прав на спадщину має наставати спадкування за законом. Тому автор пропонує це питання вирішувати відповідно до волі заповідача та аналогії закону та праву, а не за формальним підходом, тобто має встановлюватися строк, протягом якого повинна бути усунена невизначеність – чи став спадкоємець, який прийняв спадщину, власником майна чи ні.

Загалом, яка правова мета зазначення в документі положення про те, «що свідоцтво про право на спадщину за заповітом на майно ще не видано»? Парадокс цього документу полягає в тому, що він в окремих випадках не матиме правового значення, наприклад, коли єдиний спадкоємець за заповітом не отримує свідоцтва про право на спадщину, помер і в нього не буде правонаступників. Отже, спадкоємці за правом на обов'язкову частку, як спадкоємці за законом першої черги, мають отримувати право на спадкування за законом. І це лише один приклад, коли нормативно встановлена форма потребує всебічного ґрунтовного наукового аналізу.

На цьому етапі ми маємо завершити дослідження цієї проблематики і встановити, що буквальний зміст встановлених у Правилах форм і відповідно нотаріальних документів потребує узгодження теорії, вимог законодавства та нотаріальної практики, щоб назви документів відповідали їх змісту, а зміст таких актів однозначно тлумачився і породжував правові наслідки.

Розглянемо інший більш простий приклад забезпечення надійності нотаріальних документів в сучасних умовах. На наш погляд, потрібно сприяти нотаріальній діяльності системно і постійно її вдосконалювати відповідно до потреб суспільства. Так, на цьому шляху існує декілька вагомих неузгодженостей, які потрібно враховувати в сучасних умовах. Наприклад, значна кількість громадян України отримує під час антитерористичної операції травми несумісні із можливістю підписати нотаріальні документи або вони перебувають тимчасово в такому стані, тому виникає складна ситуація, коли замість таких осіб мають підписувати документи інші особи.

Очевидно, що значна частина з таких громадян має фізичну можливість прикласти до нотаріального документу факсиміле. Отже, виникатиме риторичне питання, а що в такій ситуації краще, підпис іншої особи (п. 5 глави 9 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України) чи відтиск факсиміле? Можливо, що в таких ситуаціях фахівці здатні розробити й інші засоби фіксації волі заявника, наприклад, голографічні індивідуальні марки тощо, але потрібно щось робити, щоб допомогти таким особам гарантувати їх права.

Як свідчить судова практика не завжди однозначно виправданими є такі ситуації, коли після смерті осіб, замість яких підпис вчинила інша особа, виникатиме спірне питання, а чи дійсно ця особа не могла вчинити підпис особисто, особливо, коли родичі або члени сім'ї не бачили стану, у якому знаходилась ця особа.

Може виникати й питання про персоніфікацію тієї особи, яка була обрана для підписання документу. Так, на практиці автор стикався із такою життєвою ситуацією. Заповідач позбавив свою доньку спадщини. У доньки викликав сумнів підпис батька, який був вчинений на заповіді, тому що вона добре знала підпис батька. На заповіді мав місце підпис невідомої для спадкоємиці особи і позначена присутність двох свідків, яких вона так само не знала, хоча в неї були нормальні стосунки із батьком-заповідачем, вона знала його друзів, сусідів, які могли бути свідками. Згодом виявилося, що всіх трьох осіб, зокрема, свідків та особу, яка підписувала замість заповідача заповіт запросила спадкоємиця за заповітом. Така ситуація прямо не заборонена законом, але не відповідає положенню про те, що коли заповідач бажає посвідчити заповіт при свідках, то має на увазі тих осіб, які йому відомі. Тут очевидна суперечність даної ситуації з п. 2 ч. 4 ст. 1253 ЦК, оскільки спадкоємець за заповітом не може бути свідком. Отже, з цього положення логічно має випливати висновок, що спадкоємець на користь якого посвідчується заповіт не може сам визначати та запрошувати свідків, які будуть присутні при посвідченні такого заповіту. Однак, через відсутність прямої заборони про це у законі суди не беруть до уваги дане положення. Отже, такі ситуації на практиці можуть викликати сумнів в достовірності нотаріального документа.

Якщо до цього додати, порівняння з можливістю використання електронного підпису, де фактично відсутня особа ставить свій підпис, то заборона використовувати факсиміле замість підпису видається не завжди виправданою. Дійсно, коли особа здатна розписатися, то наявність факсиміле замість власноручного підпису викликати сумнів в достовірності нотаріального документу, хоча для ускладнення підробки можна, на наш погляд, використовувати факсиміле поряд з підписом або як його продовження. Тобто факсимільний підпис неприпустимий, коли він замінює особистий, але не повинен нотаріус чи консул забороняти особі забезпечувати себе більшими гарантіями від підробки документа. Наприклад, спадкоємець знаходиться у важкому стані, тому підпис може бути зроблений тремтячою рукою, бути нерозбірливим. Тому автор вважає, що факсиміле може використовуватися підписантом поряд з власноручним підписом.

Автор загалом не проти участі свідків при посвідченні тих чи інших правочинів, але вважає, що такі ситуації не завжди є однозначними. Так, в дореволюційний період [5] також залучали до участі в посвідченні договорів свідків-сусідів, але обирали їх з поважних осіб і загальновідомих своєю порядністю громадян [6]. Сьогодні при збільшенні населення в містах не завжди можна знайти загальновідомих своєю порядністю сусідів, але обирати свідків потрібно серед знайомих членам сім'ї осіб, а не запрошувати невідомих людей. З метою забезпечення захисту нотаріальних документів дане положення має знайти закріплення в Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Зокрема, у ч. 3 ст. 1250 ЦК наголошується, що про оголошення секретного заповіту складається протокол, який підписують нотаріус та свідки. У протоколі записується весь зміст заповіту. При цьому, ні у Законі, ні у підзаконних актах не йдеться, хто може бути такими свідками і ким вони запрошуються. Тепер уявимо собі картину, коли секретний заповіт оголошується після смерті мільярдера, а в залі присутні лише члени сім'ї та близькі родичі, які сподівалися отримати спадок, але секретний заповіт змінює порядок спадкування за законом. Отже, частина зі спадкоємців за законом або всі спадкоємці (близькі родичі та члени сім'ї) позбавляються права на спадкування, що відбудеться надалі, не важко уявити... Дійсно, заповідач може пожартувати і надати пустий конверт як секретний заповіт, але хто повірить в такий жарт. Можливо, що у такому заповіті можуть бути умови, які суперечать закону, він може бути визнаний недійсним при наявності дописок, підчисток, відсутності дати тощо.

Однак, не потрібно чекати виникнення таких ситуацій на практиці, щоб усувати відповідні прогалини у законодавстві, гасити конфлікти, ліквідувати наслідки правопорушень та, можливо, й злочинів. Достатньо представити собі таку ситуацію, щоб виробляти спо-

соби захисту волевиявлення заповідача та забезпечувати нотаріуса, консула і свідків від можливого тиску. В усякому разі, протокол про оголошення секретного заповіту мають підписувати всі із запрошених на оголошення, хто не заперечує його дійсність, а також ті, хто помітив обставини, що заперечують його дійсність чи мають зауваження до порядку його оголошення нотаріусом, консулом і вони повинні наділятися правом висловити свої заперечення безпосередньо в нотаріальному акті.

Тобто секретний заповіт важко назвати нотаріальним документом, оскільки він складається самостійно заповідачем і в запечатаному конверті передається нотаріусу, консулу на зберігання, але в силу його зберігання нотаріусом, консулом та у зв'язку з нотаріальною діяльністю по його оголошенню ми мусимо забезпечити надійну схему донесення останньої волі заповідача до спадкоємців, а також забезпечити нотаріуса, консула від можливого тиску на нього при сучасній недостатньо продуманій процедурі його оголошення. Автор погоджується із запропонованим вченими способом запрошення всіх заінтересованих осіб для оголошення секретного заповіту, який полягає в тому, що на секретному заповіті потрібно зробити позначку, що він має оголошуватися лише після відкриття списку тих осіб, яких саме заповідач вважав за необхідне запросити на оголошення заповіту. Список таких осіб має знаходитися у запечатаному конверті або може бути переданий нотаріусу на зберігання[7].

Але знищення чи пошкодження окремого документу може бути здійснено технічним працівником (помічником нотаріуса) за домовленістю з іншими особами, а це вже ознака злочину. Тому слід у Законі та Правилах нотаріального діловодства передбачити перелік тих документів, до яких ні помічники, ні інші працівники приватного нотаріуса чи консульської установи не повинні мати доступу. Вважаємо, що такий захист повинен забезпечуватися щодо документів, прийнятих на зберігання (п. ст. 34 Закону та п.3.8.8. Положення про порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах і консульських установах України), примірників договорів та заповітів, особливо, секретних заповітів, оскільки достатньо лише пошкодити конверт, щоб створити умови для визнання у майбутньому такого заповіту недійсним. Але ж це остання воля заповідача, яка традиційно вважалася на Україні непорушною.

Важливим для захисту нотаріальних документів є процес заміщення приватного нотаріуса іншим, оскільки на підставі угоди про заміщення здійснюється передача документів та майна, з початку від нотаріуса якого мають заміщати до нотаріуса, який буде заміщати, а потім навпаки. У цьому випадку за логікою розподілу відповідальності потребується ревізія документів та майна посвідчення акту їх передачі-прийняття[8]. Але, на думку автора, доцільно в Україні поряд із паперовим архівом нотаріальних документів та загальними

реєстрами запровадити електронний архів нотаріальних документів та реєстру, якими може користуватися нотаріус-замісник, наприклад, йому потрібно буде видати копію, дублікат документи. Усі дії та вторгнення у реєстр будуть фіксуватися, тому це може забезпечити нотаріальний архів (документи) нотаріуса, якого заміщують від подрібок та їх знищення. Паперовий архів нотаріальних актів не передавати нотаріусу-заміснику.

Отже, слід говорити про забезпечення системних засобів гарантування дійсності нотаріальних документів, які відтворюють волю осіб, які звернулися за вчиненням нотаріальної дії, а також тих фактів, що встановлюються нотаріусом, консулом. Нотаріальний акт має сприйматися як безспірний доказ певної юридичної обставини і, відповідно, до принципів міжнародного нотаріату розцінюватися вище, ніж будь-який інші докази, оскільки ці докази є кваліфікованими, тобто створюються компетентними фахівцями.

Автор підтримує думку вчених, які давно говорили про необхідність впровадження технічних засобів для фіксування здійснення важливих нотаріальних проваджень [9], але дане положення до нині не впроваджене в нотаріальну практику. Сьогодні навіть державні суди впровадили звукозапис як обов'язковий елемент фіксування судового розгляду справ і на альтернативних засадах відеозапис з'явився в державній виконавчій службі. Тобто, поряд зі свідками з метою захисту нотаріальних документів об'єктивно потрібно впроваджувати звуко-відеозапис, щоб систему доказів «зламати» було неможливо або, як мінімум, складніше це було зробити. Наприклад, коли особа захворіла і вважає за необхідне посвідчити заповіт, то вчинений тремтливими руками підпис стане очевидним доказом хворобливого, тобто незвичайного стану такої особи, що може викликати сумнів в достовірності документа. Але наявність відеозапису, в якому буде підтверджуватися адекватність відповідей заповідача на запитання нотаріуса, а можливо й роз'яснення волі заповідача на предмет саме такого змісту заповіту стане очевидним доказом дійсності його волевиявлення [10].

Наведені автором напрямки підвищення захисту нотаріальних документів не слід сприймати як критику сучасної нотаріальної діяльності, а навпаки пропонується не заспокоюватися і рухатися далі на шляху розвитку гарантій охорони прав громадян у нотаріальному порядку.

Очевидно, що сучасні виклики щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування на видачу свідоцтв про право на спадщину та про право власності на частку в спільному майні подружжя [11] має стимулювати нотаріусів і, насамперед, приватних до поліпшення їх діяльності. Аналогічно нині має вдосконалюватися процедура вчинення нотаріальних дій посадовими особами консульських установ, так як сьогодні велика кількість громадян України, які перебувають за кордо-

ном потребують надання їм якісних нотаріальних послуг.

Сьогодні висловлюються застереження про можливі кризові явища в нотаріаті, які можуть призвести до його зникнення або перетворення в прообраз англійського. Але у сучасних тенденціях щодо передачі повноважень на видачу свідоцтва про право на спадщину органам місцевого самоврядування слід вказати як на позитивні, так і негативні аспекти. Позитивне в цій новелі для громадян полягає в наближенні нотаріальних послуг до населення і так усунується монополізація приватного нотаріату.

Об'єктивно, негативні аспекти полягають у тому, що малодосвідчені фахівці допускаються до надання нотаріальних послуг на невідомо яких засадах, оскільки в Законі не позначено, що вони виконуватимуть лише певну роль – надання відповідних нотаріальних послуг і здійснюватимуть лише державну реєстрацію. Отже, така їх функція може бути сумісництвом, тимчасовим явищем тощо, а це не призводитиме до самовдосконалення їх професійних здібностей тощо. Важливо й те, що так нотаріальна процесуальна форма документів значно спрощуватиметься. Але найголовніша небезпека криється в тому, що певне коло непрофесійних та недобросовісних суб'єктів, які мають доступ до державних електронних реєстрів постійно розширюється, а це в свою чергу диктує зростання небезпеки, спроб несанкціонованої зміни даних, внесення помилкової або відверто недостовірної інформації, що може поставити під сумнів їх достовірність, оскільки відповідальність таких осіб непропорційно нижча ніж в нотаріусів тощо. У Законі не конкретизовано зобов'язань в часі щодо застосування відповідних новел, тобто таке положення слід сприймати як застереження на майбутнє. У той же час, якщо відповідний Закон буде удосконалено і конкретизовано, а також наслідки його запровадження будуть давати позитивні результати для населення, то потенційна загроза може перетворитися на реальну і від такої конкуренції може постраждати значна кількість нотаріусів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Фурса Є.Є. Вчинення консулом нотаріальних дії щодо спадкування майна // Автореф. канд. юрид.наук (12.00.03). К., 2015. – С.9.
2. Там само. – С. 14
3. Вперше таку пропозицію зробив Фурса Є.І. в дисертаційному дослідженні «Спадкові відносини у нотаріальній та судовій практиці» / автореф. канд. юрид.наук (12.00.03). – К. 2004. – 20; Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право: теорія і практика. – К.: Атіка, 2002. – С. 26.
4. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – С.
5. Дореволюційний договір купівлі-прожару садиби від 1909 року у участю свідків – свідів / В кн. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотаріат в Україні: теорія і практика. – К.: А.С.К., 2001. – С. 742–744.

6. Шлюбний договір – шетар кримських караїмів, який посвідчувався у присутності старійшин (свідків) відомих та поважних людей / В книзі Фурса С.Я. Фурса Є.І. Драгневич Л.Ю. Сімейне право: Нотаріат Адвокатура Суд. – К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. – 347–355.
7. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Секретний заповіт, заповіт за участю свідків та за участю особи, яка погодилась його виконувати / Спадкове право: Нотаріат Адвокатура Суд. – К.: видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – С.57–61; Панталієнко Я.П. Особливості встановлення та посвідчення юридичних фактів при посвідченні секретного заповіту / Панталієнко Я.П. Процедура вчинення нотаріальних проваджень // Автореф. канд.юрид. наук (12.00.03). – К., 2010. – С. 13–15.
8. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотаріат в Україні. Загальна частина. – К.: Вентурі, 1999. – С. 93.
9. Фурса С.Я. / В кн. Нотаріальний процес. Теоретичні основи. – К., Істина, 2002. Фурса С.Я. Фіксація нотаріальних проваджень як одна із складових нотаріальної процедури / В кн. Теорія нотаріального процесу. – К.: Алерта: Центр учбової літератури, 2012. – С. 535–545: Білозерська Є.І. Фіксація нотаріального процесі технічними засобами як одна із умов його достовірності / Бюлетень Вищої ради юстиції. – 2011. – 1(5). – С. 200–206.
10. Фурса С.Я. Нотаріальна процедура посвідчення заповітів/ Спадкове право: Нотаріат Адвокатура Суд. – К.: Видавець С.Я.: КНТ, 2008. – С. 61–62.
11. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо деяких питань спадкування)» від 20 жовтня 2014 р. № 1709-VII // [http:// zakon 2. rada. gov. ua / laws / show 1709-18.](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1709-18)

Фурса Евгений Евгеньевич

ЗАЩИТА НОТАРИАЛЬНЫХ ДОКУМЕНТОВ И ЕЕ ВЛИЯНИЕ НА ПРАВА ГРАЖДАН, ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ: ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ НОТАРИУСА И КОНСУЛА

В статье поднята проблема о защите нотариальных документов, предложены пути такой защиты как нотариусом, так и консулом. Внесен ряд предложений по совершенствованию нотариусом, консулом процедуры совершения нотариальных действий, оформление нотариальных актов и совершенствования нотариального делопроизводства. Раскрыто значение защиты нотариальных документов для реализации гражданами, юридическими лицами их бесспорных прав в целях предоставления им юридической достоверности.

Ключевые слова: нотариальный документ, защита, нотариус, консул, подпись, нотариальный бланк.

Fursa Yevgen

NOTARIAL DOCUMENTS PROTECTION AND ITS IMPACT ON THE RIGHT CITIZENS, LEGAL PERSONS: NOTARY AND CONSUL ACTIVITIES

The article raised the issue of the protection of notarial documents the ways of protection such as a notary and consul. Made a number of proposals to improve notary, consul procedures notarial acts, execution of notarial acts and improvement notary office. Reveals the importance of protection of notary documents for the implementation of citizens, legal persons of their indisputable rights to provide them with legal certainty.

Keywords: notarial document protection, notary, consul signature notarized form.

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Васильєв Сергій Володимирович,

кандидат юридических наук, доцент
кафедри цивільного процесу
Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого

Васильєва Ірина Григорівна,

викладач юридичного факультету
Харківського національного університету ім. Г. С. Сковороди

УДК 341.91; 347.996

ПЕРЕГОВОРИ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНИЙ СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ СПОРІВ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

Альтернативні способи вирішення цивільних спорів, як інститут самоврегулювання цивільного суспільства, можуть застосовуватися нарівні із судовою формою захисту. Переговори є врегулюванням спору безпосередньо сторонами конфлікту без участі інших осіб. У роботі аналізуються такі категорії як моделі переговорів, стратегія і тактика переговорів, стадії переговорів; визначаються підстави й характерні риси переговорів.

Ключові слова: цивільне судочинство, альтернативні способи вирішення спорів, переговори, цивільні справи, конфлікти.

Практика показує, що рішення, які приймаються в порядку цивільного судочинства, особливо по сімейним, цивільним і трудовим справам, є іноді недостатньо аргументованими, обґрунтованими, при цьому конфлікти між сторонами, незважаючи на формальне вирішення таких спорів, не тільки продовжуються, але в ряді випадків посилюються.

У цьому зв'язку вкрай важливо приділяти найпильнішу увагу таким механізмам врегулювання розбіжностей, які з одного боку, були б доступними, дешевими і зручними, з іншого боку, забезпечували б реалізацію права на захист порушених або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб. Безсумнівно, значуще місце в такому механізмі займає примирення сторін, пошук взаємоприйнятних рішень, спрямованих на усунення конфліктів, що виникають у ході застосування чинного законодавства, виявлення причин і умов, що сприяють виникненню розбіжностей, конфліктних ситуацій [1, с. 2].

В науці цивільного процесуального права вже робилися спроби дослідити альтернативні процедури розгляду і вирішення цивільно-правових спорів. Більшість науковців звертаються до дослідження законодавства країн з розвиненими правовими системами, які регулюють альтернативні процедури і угоди, акцентуючи увагу, як правило, на порівняльно-правовій характеристиці таких інститутів як посередництво (медіація) та третейське судочинство (О. Ю. Коннов [2], О. І. Носирева [3], Г. В. Севастьянов [4], О. М. Спектор [5] та ін.). Аналіз вітчизняної правової доктрини дозволяє зробити висновок, що досі не робилися спроби комплексного теоретичного осмислення як всієї системи альтернативних спосо-

бів врегулювання спорів, так і окремих її способів, зокрема переговорів.

Метою статті є дослідження такого альтернативного способу вирішення цивільних спорів як переговори, порівняльно-правовий аналіз моделей переговорів, їх тактики і стадії.

Наука цивільного процесуального права оперує так званими альтернативними способами вирішення цивільних спорів, які представляють собою, по-перше, систему взаємопов'язаних дій сторін та інших осіб з розгляду існуючого спору, спрямованих на його позасудове врегулювання або вирішення з використанням примирних чи інших незаборонених процедур, що здійснюється, як правило, на підставі сумлінного волевиявлення сторін; по-друге, право вибору будь-якого (не забороненого законом) недержавного (приватного) способу розв'язання спору та/або врегулювання конфлікту, виходячи з конкретної ситуації [2, с. 125; 6, с. 180-223].

Переваги альтернативних способів вирішення цивільних справ особливо очевидні в порівнянні з судовою формою захисту прав, а саме: (1) простота процедур, відсутність жорстких процесуальних і доказових правил позбавляють сторони від зайвих фінансових витрат, які завжди супроводжують судовий розгляд; (2) економія часу; (3) можливість вибору посередника (арбітра, медіатора, експерта, консультанта і т.д.) за допомогою якого будуть вирішуватися суперечності; (4) конфіденційність вирішення спорів (тобто негласність самої процедури та збереження в таємниці інформації, отриманої в ході альтернативної процедури); (5) можливість для сторін самим контролювати процедуру розгляду і її результат.

Найпоширенішим способом вирішення правових спорів, які представляють собою процес обговорення між сторонами конфлікту предмета спору з метою досягнення взаємоприйнятної угоди є *переговори*.

У юридичній науковій літературі переговори визнаються як самостійний універсальний спосіб альтернативного вирішення цивільно-правових спорів, що реалізується через переговорний процес під час безпосередньої конструктивної взаємодії сторін і спрямований на досягнення взаємоприйняттого компромісного рішення [5, с. 4].

Вирішення конфліктів шляхом переговорів без участі суду прийнятно в різних ситуаціях. Наприклад: (а) при розірванні шлюбу, колишнє подружжя можуть прийти до угоди про розділ майна і про утримання дитини; (б) учасники дорожньо-транспортної пригоди (ДТП) можуть укласти угоду про добровільне відшкодування матеріальної шкоди; (в) у разі порушення прав споживача виконавцем, можливо укласти угоду про добровільне відшкодування заподіяної матеріальної шкоди, і т.п.

Даний засіб є самостійним, незалежним у своєму регулюванні та існуванні від судової системи. Він характеризується великим ступенем диспозитивності з мінімальним втручанням з боку держави. Роль останньої зводиться до офіційного визнання позасудової системи альтернативного вирішення правових спорів і забезпечення належних умов її функціонування.

За допомогою переговорів вдається, по-перше, з'ясувати позиції сторін і їхні аргументи; по-друге, встановити предмет розбіжностей; по-третє, виявити прагнення зменшити ступінь розбіжностей; по-четверте, відстоювати власні підходи до вирішення проблеми [7, с. 107].

Для характеристики переговорів в теорії процесуального права використовуються такі категорії: (а) моделі переговорів, (б) стратегія і тактика переговорів, (в) стадії переговорів.

Під моделлю переговорів розуміється сукупність певних стандартів поведінки та взаємовідносин, які приймаються за основу в переговорах.

У практиці більшості зарубіжних країн, виділяють дві основні моделі: переговори-співпрацю і переговори-суперництво.

Метою першої є досягнення компромісу. Жодна зі сторін не шукає вигоди для себе. Вирішальну роль тут відіграють взаємні поступки. Ефективність даної моделі включає в себе кілька принципових положень: (1) орієнтацію на захист інтересів свого клієнта без звернення до суду; (2) визнання передопределяючого значення етики ведення переговорів; (3) досягнення примирення сторін тільки на основі справедливості; (4) прагнення зберегти або встановити в майбутньому відносини ділового співробітництва між сторонами.

Основна мета другої моделі полягає в прагненні учасників врегулювати спір на свою користь. Вирішальне значення набуває психологічний тиск, заснований на агресивній

поведінці та обвинувальній позиції. В кінцевому підсумку це призводить до того, що опонент втрачає впевненість у собі, у своїй позиції і готовий повністю або частково відмовитися від своїх вимог. Ефективність даної моделі ґрунтується на таких принципах: (1) прагнення врегулювати розбіжності максимально, наскільки це можливо, на користь свого клієнта; (2) бажання отримати більшу винагороду за свою роботу; (3) отримання морального задоволення від проіграшу суперника [3, с. 60, 61].

Своєрідністю моделей переговорів виділяється американська доктрина цивільного судочинства.

Так, модель «*симетричних переговорів*» встановлює три стадії переговорного процесу: (а) діагноз ситуації і прийняття рішення про застосування переговорів для вирішення конфлікту; (б) обговорення причин, змісту, динаміки конфлікту та можливостей його вирішення; (в) обговорення деталей вирішення спору. Базовими положеннями переговорного процесу є:

– у разі позитивного результату переговорів кожна сторона отримує якусь вигоду, ніхто не має односторонній успіх, сторони опиняються в кращому становищі, ніж до переговорів («*non-zero-sum encounters*»);

– сторони не повинні прагнути до переважання аргументів одної сторони над аргументами іншої шляхом переконання сторони в зміні її базових точок зору, а скоріше використовувати компоненти цих точок зору для спільного вирішення проблеми. Оцінки предметів спору можуть змінюватися за допомогою таких механізмів як стимул (що спонукає мотив), переконання, альтернативи. Виходячи з того, що предмети спору оцінюються сторонами по-різному, переговори – це розкриття, повідомлення і вираз цих оцінок сторін у першій фазі, а потім це взаємне групування і обмін оцінками, з тим, щоб на другій стадії переговорів вони підходили для укладення угоди (Hornans's theorem);

– «жорсткість – м'якість», це те, що становить процес переговорів, дії і можливості, які повинні бути зрозумілі сторонам, щоб різні по суті точки зору привести до єдиної угоди [8, с. 12–15];

В основі моделі «*принципових переговорів*» (*principled negotiation*) лежать такі положення: (1) принцип відділення людей від проблеми; (2) принцип акцентування на інтересах, а не на позиціях сторін; (3) вивчення і розуміння інтересів один одного і спільний пошук в ході переговорів взаємовигідної альтернативи, тобто, альтернативного рішення з урахуванням інтересів один одного; (4) застосування об'єктивних критеріїв при укладанні угоди за підсумками переговорів на основі, наприклад, юридичної (судової) практики або ділових звичаїв [9]. Отже, в моделі «принципових переговорів» акцент ставиться на досягненні взаємного задоволення базових інтересів сторін, якщо цей результат досягнутий, то він виражається в укладенні (благоразумній) угоді.

Модель «конструктивних переговорів» (*collaborative negotiations*) або як її ще називають «переговори з позиції співробітництва» розглядає переговори як процес конструювання, досягнення і збереження в силі справедливих і практичних угод. Справедливість, – це неупередженість, яка визначається і вимірюється суб'єктивно, а не щось, що оголошується кимось для когось. І коли сторонни спору приходять до взаємно прийнятної угоди, це і є справедливість, яку тільки вони в змозі визначити. Тільки сторонни спору можуть розглядатися як основні джерела для того, щоб визначити, що є справедливим для них, в їх конкретній ситуації і в певний період часу. Це їх спільне право вирішувати, що для них справедливо і прийнятно; це виключно їх обов'язок чітко визначитися в такому питанні [10]. Таким чином, мета переговорів досягається шляхом висування конструктивних пропозицій і вирішення специфічних спірних питань, що відносяться до переговорних позицій; це прагнення сконструювати, обмінятися і зберегти в силі взяті на себе зобов'язання, оскільки переговори, перш за все, є зобов'язанням сконструювати процес, результатом якого стане досягнення справедливої, практичної і міцної угоди [11].

Отже, незважаючи на існуючу різницю в підходах до підготовки та проведення переговорів, «будь-який метод переговорів може бути оцінений за трьома критеріями: результатом переговорів має бути розсудлива угода, якщо воно можлива; угода має бути ефективною; угода має поліпшити або, принаймні не нашкодити більшою мірою взаєминам між сторонами» [9, с. 4].

В межах того чи іншого типу переговорів визначається стратегія поведінки. Виділяються два основних види стратегії:

(1) змагальна (*adversarial*), суть якої полягає в тому, що кожен учасник акцентує увагу тільки на своїх проблемах і інтересах. Переговори ведуться на основі взаємних пропозицій і поступок у світлі необхідності вирішення цих проблем і задоволення власних інтересів, причому, вигреш для однієї сторони завжди означає програш для іншого;

(2) інтеграційна (*integrative*), суть якої полягає в сприйнятті розбіжностей по спору як загальної проблеми, вирішеної спільно з урахуванням взаємних інтересів. При їх зіставленні з'ясується, що є позиція, в якій одній стороні нічого не варто поступатися, а іншій стороні вигідно це прийняти.

У першому випадку сторони «торгуються», тобто кожна зі сторін бачить ситуацію як «виграш-програш», тобто, щоб їй виграти, інша сторона повинна програти. Навіть якщо вони приходять до ідеального компромісу, де кожна із сторін поступилася порівну, жодна з них не задовольняє свої інтереси повністю.

Проте можлива й інша стратегія, коли сторони відстоюють не свої позиції, а звертаються до тих принципів, більш глибоких інтересів, засобом задоволення яких і повинні служити ці позиції. При такому підході вияв-

ляється можливим знайти велику кількість інших способів задоволення тих же інтересів, крім відстоювання позицій. Серед цих способів нерідко виявляються ті, які влаштовують обидві сторони. Це можна назвати стратегією «виграш-виграш» [12].

Стратегія як основна лінія поведінки має своє специфічне переломлення на окремих етапах (стадіях) переговорів.

На думку Д. П. Зеркіна, процес вирішення будь-якого конфлікту складається, як мінімум, з трьох етапів: (1) підготовчий – це діагностика конфлікту; (2) розробка стратегії вирішення і технології; (3) безпосередня практична діяльність по вирішенню конфлікту – реалізація комплексу методів і засобів [13, с. 379].

В юридичній літературі пропонуються і більш деталізовані етапи переговорного процесу: (1) аналіз цілей і потреб сторін конфлікту – виразне розуміння власних потреб і потреб опонента є обов'язковою умовою успішного проведення переговорів; (2) вибір стилю ведення переговорів (конфронтація, співробітництво, комбінований стиль); (3) контроль клімату ведення переговорів – визначення часу і місця ведення переговорів, розсадження учасників переговорів за столом та ін.; (4) визначення тактики ведення переговорів – вибір з різновидів тактик (демонстрування власних переваг, апеляція до законодавства і думкам авторитетів, затяжка переговорів та ін.) тактику, адекватну конфліктній ситуації; (5) управління розвитком ведення переговорів – своєчасне введення в процес переговорів елементів артистизму і відповідної поведінки учасників конфлікту, залучення зовнішніх експертів, врахування особливостей національних культур і традицій сторін конфлікту; (6) оцінка результатів і наслідків переговорів – аналіз досягнутих в результаті переговорів підсумків, чітка фіксація врегульованих і неврегульованих розбіжностей, визначення заходів по виконанню досягнутих взаємних зобов'язань, вироблення подальших кроків [14].

На наш погляд, процес переговорів умовно можна розділити на такі етапи (стадії): (а) орієнтація та визначення позиції в спорі; (б) безпосереднє врегулювання розбіжностей; (в) досягнення компромісу (означає перехід до наступної стадії) або не досягнення компромісу (означає припинення переговорів без результату); (г) обговорення та оформлення досягнутої угоди.

Виділення стадій має важливе практичне значення. Як справедливо зазначає О. І. Носирева: по-перше, вони відображають динаміку переговорів; по-друге, дозволяють розглядати цю процедуру не як стихійний захід, а як певний механізм, що функціонує за своїми правилами [3, с. 61-63].

Переговори можуть відбуватися безпосередньо між учасниками конфлікту або між юристами, які представляють їх інтереси.

Перевагою безпосередніх переговорів є повна самостійність сторін у визначенні характеру і строків переговорного процесу, відсут-

ність формалізованих рамок, що обмежують ініціативу сторін. В той же час, вказаний спосіб врегулювання правового конфлікту має деякі недоліки: (1) учасники переговорів можуть перебувати у нерівному, з позиції їх повноважень, положенні, яке може привести до того, що завершення переговорів угодою виявляється недостатнім для врегулювання спору; (2) переговорний процес може розтягнутися на значний час і привести до появи нових підстав для розвитку конфлікту вже в нових умовах при неврегульованості первинних розбіжностей.

Практика застосування переговорів свідчить про те, що їх якість і ефективність багато у чому залежать від участі у них професійних юристів (адвокатів). Переваги їх участі проявляються у наступному: (1) фахівці, які представляють інтереси сторін при переговорах не допускають виникнення нових конфліктів; (2) забезпечується конфіденційність проведеної процедури примирення; (3) роз'яснення конфлікуючим сторонам їх прав і відповідальності, а також вигоди досудового вирішення конфлікту до судового розгляду; (4) від досудового розгляду можна відмовитися в будь-який момент; (5) скороченню або збільшенню строків процедури примирення; (6) економія витрат.

Проведення переговорів можливе на різних стадіях вирішення конфлікту.

По-перше, це переговори на стадії досудового врегулювання спору. Результатом таких переговорів є вирішення конфлікту без передачі розгляду спору до юрисдикційних органів.

По-друге, це переговори під час розгляду спору в суді. Результатом таких переговорів може стати відмова позивача від позову або прийняття мирової угоди між сторонами спору і закриття провадження у справі. Як закріплює ч. 1 ст. 175 ЦПК України мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на основі взаємних поступок і може стосуватися лише прав та обов'язків сторін та предмета позову.

По-третє, це переговори під час виконання судового рішення. Результатом таких переговорів може стати або укладення мирової угоди між стягувачем та боржником або досягнення компромісу під час здійснення окремих виконавчих дій. Так, сторони мають право укласти мирову угоду про закінчення виконавчого провадження, яка визнається судом (ч. 3 ст. 12 Закону України «Про виконавче провадження»).

Підставою проведення переговорів, як правило, виступає волевиявлення сторін спору. Однак, проведення переговорів, як способу досудового врегулювання спору, може бути передбачено договором, який встановлює умови про направлення претензії чи іншого листи, встановлення строків для відповіді на неї та інших умов, які дозволяють визначити, що договір містить чіткий запис про встановлення такого порядку (наприклад, договори про надання послуг, виконання робіт і т.п.).

Таким чином, різновидом переговорів можна вважати *претензійний порядок врегулювання спорів*, як досудову форму вирішення конфліктів, що передбачає напярм претензії сторони, яка не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання, що випливає з положень нормативно-правового акта або договору, укладеного між сторонами.

З точки зору американської доктрини претензійний порядок визначається як різновид «*settlement*» (мирової угоди). Він відноситься до примирної досудової процедури, іноді обов'язкової, іноді ні (наприклад, при спорах, що випливають з відносин перевезення, поштового зв'язку дотримання претензійного порядку обов'язково).

Отже, переговори є додатковою гарантією для сторін спору в реалізації їх права на вибір найбільш адекватного варіанту вирішення конфлікту з метою захисту прав і законних інтересів.

Характерні риси переговорів такі: (1) переговори є альтернативним (несудовим) способом врегулювання цивільно-правового спору; (2) переговори, як спосіб врегулювання розбіжностей, характерний для відносин, що виникають між рівноправними сторонами і непридатний до випадків виникнення спору між суб'єктами відносин, заснованих на владі і підпорядкуванні; (3) переговори мають сутю добровільний характер хоча і можуть бути передбачені як умовою договору; (4) учасниками переговорів можуть бути безпосередньо сторони конфлікту або їх представники; (5) переговори можуть мати місце як до відкриття судового провадження по справі, в процесі його розгляду і вирішення, так і після постановлення судового рішення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бережнов А. А. Досудебный порядок разрешения индивидуальных трудовых споров: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.05. – М, 2012. – 22 с.
2. Коннов А. Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. – 2004. – №12. – С.120-131.
3. Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. – М.: Издательский Дом «Городец», 2005. – 320 с.
4. Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учебно-методические материалы и практические рекомендации / сост. Г.В. Севастьянов. – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. – 528 с.
5. Спектор О. М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2012. – 18 с.
6. Здрок О. Н. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: понятие, классификация, тенденции развития (на примере Республики Беларусь) // Вестник гражданского процесса. – 2012. – №1. – С. 180-223.
7. Николюкин С. В. Альтернативные способы урегулирования споров в системе защиты гражд-

- данских прав // Образование и право. – 2012. – №9 (37). – С.93-114.
8. William Zartman, Maureen R. Berman. The Practical Negotiator. – Yale University Press, 1982. – p. 12-15.
 9. Roger Fisher and William Ury Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In. – New York: Penguin Books, 1983.
 10. William F. Lincoln. In Pursuit of Promises: The Practitioner's Course in Collaborative Negotiations and Cooperative Problem Solving. National Center Associate, Inc., Yashon Island. – Washington, 1995. – p.54.
 11. Нагорный Е. А. Некоторые положения базовых моделей переговоров по урегулированию конфликтов // [Электрон. ресурс] – режим доступа: <http://advokat-nagorny.ru/uregulirovanie-konfliktov-peregovory.html>
 12. Штепан П. Альтернативные способы разрешения споров // [Электрон. ресурс] – Режим доступа: <http://www.lawclinic.ru/library.phtml?m=1&p=12>
 13. Зеркин Д. П. Основы конфликтологии: Курс лекций. – Ростов/н/Д.: Феникс, 1998. – 480с.
 14. [Электрон. ресурс] – режим доступа: <http://www.jobgrade.ru/modules/Articles/article.php?storyid=1246>

Васильев Сергей Владимирович, Васильева Ирина Григорьевна
ПЕРЕГОВОРЫ КАК АЛЬТЕРНАТИВНЫЙ СПОСОБ РЕШЕНИЯ
ГРАЖДАНСКИХ СПОРОВ: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Альтернативные способы разрешения гражданских споров, как институт саморегулирования гражданского общества, могут применяться наравне с судебной формой защиты. Переговоры являются урегулированием спора непосредственно сторонами конфликта без участия других лиц. В работе анализируются такие категории как модели переговоров, стратегия и тактика переговоров, стадии переговоров; определяются основания и характерные черты переговоров.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, альтернативные способы разрешения споров, переговоры, гражданские дела, конфликты.

Vasiliev Sergii, Vasilieva Irina
NEGOTIATIONS AS AN ALTERNATIVE WAY OF RESOLVING CIVIL DISPUTES

Alternative ways of resolving civil disputes, as an institution of civil society of self-regulation, can be used along with judicial protection form. Negotiations are dispute settlement with enrolment of the parties to the conflict without the participation of other persons. The paper analyzes such categories as model negotiation, strategy and tactics of negotiation, stages of negotiation; defines grounds and features of negotiations.

Keywords: alternative dispute resolution, negotiation, civil cases, conflicts.

Журба Иванна Александровна,
 кандидат юридических наук,
 магистр международного права

УДК 347.921

ПРИНЦИП СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ И ОБЪЕКТИВНОЙ ИСТИНЫ
В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ:
НЕКОТОРЫЕ СРАВНИТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

Автор в этой статье в сравнительном аспекте рассматривает лишь некоторые аспекты применения принципов состязательности и объективной истины как в законодательстве, так и в практической деятельности.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, принцип состязательности, принцип объективной истины, стороны, суд.

Современные условия осуществления гражданского судопроизводства обуславливают кардинальные изменения восприятия принципов гражданского процесса. Если мы подразумеваем под принципом состязательности сторон доктринальные идеи, то должны признать, что состязательности между сторонами реально быть не может и это связано с тем, что для участия в состязаниях нужно знать правила и владеть «техникой борьбы». Такими знаниями и «техникой» среднестатистические граждане не владеют, отсюда

и простой вывод о том, что состязательность касается профессионалов, хотя суды должны гарантировать защиту прав всех граждан. Поэтому снова и снова возникает вопрос о соотношении принципа состязательности и объективной истины. Некоторые специалисты ставят под сомнение существование последнего принципа или недооценивают его [1], но этот принцип до сих пор имеет своих сторонников [2]. Автор не будет спорить о том, действует ли принцип объективной истины в гражданском процессе, поскольку принцип

сам по себе действовать не может. Нельзя согласиться и с тем положением, что конституционные принципы доминируют в гражданском процессе и отсутствие принципа объективной истины в Конституции Украины преуменьшает его значение или аннулирует его «действие» [3].

Автор в этой статье в сравнительном аспекте рассматривает лишь некоторые аспекты их применения как в законодательстве, так и в практической деятельности и считает возможным доказать то, что принцип объективной истины заложен в законодательстве, когда суду предоставляются активные полномочия в процессе и это довольно часто объективно необходимо.

В современном гражданском процессе Украины и Российской Федерации (далее РФ) существуют положения, определяющие право на обращение к суду. К ним традиционно относятся: согласно ст. 3 ГПК РФ защита нарушенных либо оспариваемых прав, свобод или законных интересов, а в Украине на основании ст. 3 ГПК – это защита нарушенных, не признанных или оспариваемых прав, свобод или интересов. Можно утверждать даже при поверхностном анализе, что в цитируемых фрагментах ощущается близость положений законодательства.

Хотя задачи гражданского судопроизводства в РФ сформулированы шире, чем в Украине, поскольку в ст. 2 ГПК РФ установлено, что гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду.

Для сравнения, согласно ст. 5 ГПК Казахстана задачами гражданского судопроизводства являются защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов граждан, государства и организаций, укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений.

В положениях ГПК РФ и Казахстана можно выявить характерную особенность юрисдикции судебной власти в отношении тех субъектов, которые к нему обратились за помощью. В частности, на суд в таком контексте возлагается даже воспитательная роль, поскольку нужно формировать уважительное отношение к закону и суду, укреплять среди истцов и ответчиков законность и правопорядок, предупреждать правонарушения, с чем трудно согласиться, если придерживаться принципа состязательности.

При широком восприятии последнего положения можно предположить и полномочия суда рассматривать правоотношения, в которых истец лишь предполагает возможность нарушения своих прав, поскольку предупреждение правонарушений, укрепление законности и правопорядка являются более широкими задачами, нежели разрешение конкретных правоотношений между определенными сторонами.

Автор не исключает потенциальное позитивное влияние на общественные правоот-

ношения решений судов, в которых констатируются правонарушения и определяются соответствующие способы их ликвидации и восстановления нарушенных прав. Действительно, всемерная и определенная законом судебная деятельность может дать позитивные результаты и случаи умышленного нарушения прав станут уменьшаться. Но возлагать на суд соответствующие полномочия и обязанности представляется не совсем обоснованным.

Как было обозначено раньше, истец обращается в суд за защитой собственных прав и не должен рассчитывать на то, что суд будет «воспитывать» ответчика. Поэтому формула российского законодательства, выраженная во фразе «судопроизводство должно способствовать...» представляется рациональной, поскольку перед судом не могут ставиться непосредственные задачи по «укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду».

Автор в данном конкретном случае считает, что подобная формула необходима и для украинского законодательства, поскольку причины возникновения правонарушений и, особенно, длительно длящиеся нарушения довольно часто могли разрешиться другими способами. В частности, Закон Украины «О защите прав потребителей» предусматривает определенные полномочия для организаций, которые должны способствовать несудебным способам решения спорных и конфликтных ситуаций. Если же гражданин обращался в такие организации, а с их стороны никакой реакции не было, то причины повторных нарушений нужно искать не только в антигражданской позиции соответствующего правонарушителя, а и в бездействии контроля за его деятельностью.

Для того, чтобы суд мог отреагировать на такие случаи в ГПК Украины имеет место ст. 211, где предусмотрено полномочие суда надлежащим способом реагировать на случаи нарушения закона, в частности, причины и условия, которые способствовали нарушению прав. Данное полномочие суда даже не ставится в зависимость от волеизъявления сторон, хотя при доминировании в гражданском процессе Украины принципа состязательности нужно учитывать мнение сторон [4].

Последнее положение не бесспорно, поскольку каждый истец должен защищать собственное право, а не права всех потребителей без соответствующих полномочий – это очевидно. Если же потребитель или другой субъект в Украине настаивает на вынесении частного определения, то в такой ситуации реально можно и без каких-либо процессуальных и иных последствий отказывать в вынесении такого определения и рекомендовать истцу отдельно обратиться с иском к тем лицам, которые не выполнили своих обязанностей. Это утверждение можно обосновать на основании задач судопроизвод-

ства в Украине, где отсутствуют положения об общих задачах гражданского судопроизводства, подобных российским.

Позитивной является и ч. 3 ст. 226 ГПК РФ, где прослеживается связь между разными видами судопроизводства. В частности, если при рассмотрении дела суд обнаружит в действиях стороны, других участников процесса, должностного или иного лица признаки преступления, суд сообщает об этом прокурору. Это положение очень важно в тех конкретных случаях, когда в материалах дела появляются признаки состава преступления. Например, если при лишении отцовских прав будут установлены факты использования ребенка для попрошайничества, то на основании ст. 150-1 УК Украины такой отец должен привлекаться и к уголовной ответственности. При этом, уголовное преследование не обязательно может инициироваться другим родителем, а на основании частного определения суда и ч. 3 ст. 226 ГПК РФ прокурор по фактам, установленным в гражданском судопроизводстве, может возбудить уголовное дело.

Но существуют в гражданском судопроизводстве и другие случаи, когда очевидным становится факт преступления, а суды в Украине на него не реагируют. Автор имеет в виду очевидные факты лжесвидетельствования, на которые украинские суды не реагируют, а предлагают сторонам обращаться в следственные органы или в прокуратуру. При этом игнорируется положение о том, что такие преступления регламентируются в ст. 384 УК Украины и они отнесены к преступлениям против правосудия (раздел XVIII УК Украины), поэтому на них должен реагировать суд и возбуждать уголовное дело по факту. Это очень важно для тех случаев, когда свидетелей «недостаточно качественно подготовили» и нельзя упускать возможности это положение выявить. Утрата времени приведет к тому, что свидетельские показания могут быть в последующем «подкорректированы» и факт лжесвидетельствования не столь очевиден.

Более того, в украинском гражданском судопроизводстве отсутствует связь с другими видами судопроизводства, что негативно сказывается на ответственности свидетелей и сторон, которые выявили желание давать показания как свидетели.

Поэтому теоретически рассматривая потенциальную возможность возбуждения уголовного дела в «рамках» или на основании фактов, установленных в гражданском судопроизводстве, автор считает это возможно и более того, целесообразно. Довольно часто в украинском судопроизводстве имеют место решения судов, в которых констатируется наличие прямо противоположных показаний свидетелей и суд делает своеобразное «заключение», что свидетельские показания тех или иных свидетелей имеют большую доказательственную силу для суда, чем показания других свидетелей в связи с тем, что их больше или «они показались суду более

правдоподобными...». Но в таких случаях, на наш взгляд, суд не должен ссылаться на свои внутренние убеждения (ст. 212 ГПК Украины) до тех пор, пока не устранил явных противоречий в доказательствах, поскольку тут очевиден факт преступления. Свидетель, давая неправдивые показания, обманывает не столько стороны, сколько суд как орган государственной власти, который уподлиночен вынести законное и обоснованное решение, чему мешают лжесвидетельствования.

Рассматривая роль свидетелей как «носителей увиденной или полученной ими информации» представляется не совсем обоснованным внесение изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Украины относительно предоставления свидетелям адвокатов. Действительно, в Украине имеют место случаи, когда граждан приглашают для проведения допроса в качестве свидетелей и в результате его проведения они становятся подозреваемыми и даже обвиняемыми, их берут под стражу при проведении допроса. Это положение не совместимо с процессуальной ролью свидетеля, которого должны предупреждать под расписку не только об ответственности за дачу заведомо неправдивых показаний, но и о праве отказаться давать показания против себя и близких членов семьи и родственников. Не редки случаи, когда к даче неправдивых показаний «призывают» свидетелей стороны или адвокаты, которые в последующем будут влиять на порядок их допроса, что приводит к невозможности получить от свидетелей достоверную информацию.

Автор же считает, что в ситуации, когда в показаниях свидетелей очевидны противоречия, суд на основании п. 4 ч. 1 ст. 201 ГПК Украины обязан остановить производство по делу в связи с невозможностью рассмотрения гражданского дела до решения уголовного дела и на основании возбужденного им уголовного дела допросить свидетелей.

При этом, считается необходимым более четко установить взаимосвязи между гражданским и уголовным судопроизводствами, а также нужно признать, что преступления против правосудия – это основания для возбуждения уголовного дела по инициативе суда и самим судом, когда соответствующие факты будут установлены в судебном заседании по гражданскому делу. При этом принцип состязательности не должен иметь существенное значение для окончательных выводов суда, хотя мнение сторон по этому вопросу необходимо выслушать.

Нужно, на наш взгляд, учитывать, если стороны инициировали дачу неправдивых показаний и хотя в какой-то мере способствовали этому, то для них также должна наступать уголовная ответственность и процессуальная ответственность в гражданском деле – решение должно выноситься не в их пользу. Этот же вопрос должен касаться и ответственности адвокатов, которые призвали свидетелей давать неправдивые пока-

зання, во всяком случае такие факты должны становиться основанием для дисциплинарной их ответственности – лишения полномочий адвоката.

Кроме того, нужно признать, что принцип состязательности должен определять одинаковые правила для всех участников, а также он не может быть признан таким, что вытеснил из гражданского процесса принцип объективной истины ни в Украине, ни в Российской Федерации.

Представляется, что авторская гипотеза должна способствовать выполнению задач по укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду в гражданском судопроизводстве.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Чесовской Е. Действует ли принцип объективной истины в гражданском процессе? / Е. Чесовской // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 16–17.
2. Волосенко С. О. Яку істину суд встановлює при розгляді цивільної справи? / С. О. Волосенко // Юриспруденція : теорія і практика. – 2005. – № 10 (12). – С. 9–19.
3. Гуменюк М. Реалізація принципу змагальності сторін в цивільному судочинстві. 21 травня, 2013 р. <http://naub.ua/2013/realizatsiya-pryntsyphu-zmahalnosti-storin-v-tsyvilnomu-sudochynstvi/>.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1680-IV. [Електронний ресурс]– Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

Журба Іванна Олександрівна

ПРИНЦИП ЗМАГАЛЬНОСТІ І ОБ'ЄКТИВНОЇ ІСТИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ДЕЯКІ ПОРІВНЯЛЬНІ АСПЕКТИ

Автор в цій статті в порівняльному аспекті розглядає лише деякі аспекти застосування принципів змагальності та об'єктивної істини як в законодавстві, так і в практичній діяльності.

Ключові слова: цивільне судочинство, принцип змагальності, принцип об'єктивної істини, сторони, суд.

Zurba Ivanna

ADVERSARIAL PRINCIPLE AND OBJECTIVE TRUTH IN CIVIL PROCEEDINGS: SOME COMPARATIVE ANALYSIS

The author of this article in comparative perspective considers only some aspects of the application of the principles of competition and objective truth both in legislation and in practice.

Keywords: civil proceedings, the adversarial principle, the principle of objective truth, the parties, the court.

Ізарова Ірина Олександрівна,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правосуддя,

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

АЛЬТЕРНАТИВНІСТЬ ТА АВТОНОМНІСТЬ ЗАГАЛЬНОЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРОЦЕДУР ЯК ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У статті досліджується сутність таких принципів цивільного процесу ЄС як альтернативність та автономність, що знайшли свою реалізацію в положеннях регламентів про видачі Європейського судового наказу та процедуру вирішення дрібних спорів, які, в світлі реформи, що відбулася упродовж 2015 року, набули нового масштабу і значення.

Ключові слова: цивільний процес ЄС, принципи цивільного процесу ЄС, транскордонні спори.

Поступове формування цивільного процесу ЄС стало результатом реалізації основних положень установчих договорів ЄС і гармонізації цивільного процесу держав-членів Союзу. Ця ефективна єдина система судового захисту цивільних прав створювалася за допомогою загальноєвропейського законодавства, що врегульовує діяльність судів з розгляду і вирішення цивільних і комерційних справ транскордонного характеру, визначає

умови та форми співробітництва між судами різних держав – членів, а також забезпечує можливість виконання судових рішень у різних державах-членах без додаткових процедур визнання, створюючи спільний правовий простір цивільного судочинства для захисту прав жителів ЄС [1; 71-83, 95-110].

Незважаючи на те, що останнім часом доволі активно досліджуються різні аспекти цивільного процесу ЄС (В. Вебрайте, П. Гот-

твальд, К. Крамер, В. Терехов та ін.), питання, пов'язані з його принципами або вихідними ідеями залишаються поза увагою науковців.

Принципи цивільного процесу ЄС мають основоположний і фундаментальний характер, який проявляється в тому, що вони є не типовими правовими приписами, а вихідними ідеями, на яких ґрунтується масив усіх інших правових норм цієї галузі права. Серед них варто виділити альтернативність та автономність загальноєвропейських процедур як основних проваджень цивільного процесу ЄС.

Автономність загальноєвропейських процедур, які складають основу цивільного процесу ЄС, забезпечується за допомогою комплексності визначених положеннями відповідних регламентів процесуальних дій, за допомогою яких суд може повністю розглянути справу і ухвалити рішення по суті, не застосовуючи при цьому національне процесуальне законодавство.

Характеризуючи Європейську процедуру розгляду дрібних спорів (далі – ESCP), слід відзначити її стадійність [2; 3; 140-252]. На першій стадії заявник у стандартній, передбаченій у додатку до регламенту, формі звертається до суду, який перевіряє її відповідність встановленим вимогам і розпочинає процедуру ESCP (ч. 1 ст. 4). Якщо заявник не надав достатньої інформації або має внести певні уточнення, суд може надіслати йому форму В (додаток II). Позов буде відхилено, якщо позивач не надав необхідної інформації або не виправив зауваження в зазначений строк, а також якщо позов є явно необґрунтованим чи неприйнятним (ч. 4 ст. 4).

Після того як суд отримав правильно заповнену форму заявки, він переходить до другого етапу процедури – готує стандартну форму для відповідача (форма С, додаток III), яку разом з копією позову і іншими документами надсилає відповідачу (ч. 2 ст. 5).

Відповідач має право заперечити протягом 30 днів з дати вручення документів, і його відповідь надсилається судом заявнику протягом 14 днів з моменту її отримання (ч. 3 ст. 5). Зустрічний позов, поданий відповідачем за допомогою форми А, подається до позивача так само, як первісний позов було подано до відповідача (ч. 6-7 ст. 5).

Третій етап процедури – це розгляд вимог і ухвалення рішення. Суд має право призначити та провести усне слухання справи, тільки якщо це видається необхідним або на вимогу однієї зі сторін (ст. 8). Рішення у справі має бути ухвалено протягом 30 днів з моменту отримання відповіді від відповідача (або позивача, якщо є зустрічний позов) (ст. 7).

Рішення, ухвалені в процедурі ESCP, визнаються й виконуються в інших державах-членах і не можуть бути переглянуті по суті в державі виконання. На прохання однієї зі сторін суд, без будь-яких додаткових витрат, видає спеціальний документ – сертифікат рішення, використовуючи встановлену форму D (додаток IV).

Автономність процедури видачі Європейського судового наказу (далі – ЕОР) теж

підтверджується її комплексністю і стадійністю – від відкриття провадження у справі і до ухвалення судового рішення. Процедура ЕОР охоплює кілька послідовних процесуальних дій суду та заявника, які можна об'єднати в такі стадії: відкриття провадження у справі та розгляд і вирішення справи [4; 3; 17-140].

На першій стадії заявник заповнює стандартну форму заяви в додатку А та подає її до компетентного суду, який повинен вирішити питання, чи було виконано передумови застосовності цієї процедури (транскордонний характер, цивільна і комерційна справа, юрисдикція суду тощо), якомога швидше та розглянути обґрунтованість заяви (ст. 7 та 8). Якщо вимоги можуть бути розглянуті тільки частково за процедурою ЕОР, суд може запропонувати змінити вимоги, застосувавши форму С (ст. 10). Заявник повинен визначитися – прийняти або відхилити запропоновану процедуру ЕОР протягом певного строку.

Якщо заявник приймає пропозицію суду, справа переходить до другої стадії й суд ухвалює рішення в частині вимог (ст. 12). Наслідки щодо іншої частини первісних вимог регулюються національним процесуальним законодавством. Якщо заявник не відповідає протягом визначеного терміну або відмовляється від пропозиції суду, суд відмовляє у прийнятті заяви в порядку ЕОР у повному обсязі та інформує заявника про причини, з яких вимогу було відхилено, використовуючи форму D (додаток IV) (ст. 11).

Таким чином, положення Регламентів № 861/2007 та № 1896/2006 комплексно врегульовують всі процесуальні дії, які необхідні для розгляду справи та ухвалення рішення суду. Положення національного законодавства при розгляді цивільних і комерційних справ транскордонного характеру за допомогою загальноєвропейських процедур застосовуються тільки у таких випадках:

- якщо суд у процедурі ESCP, отримавши заяву, з'ясує, що вимога виходить за рамки Регламенту № 861/2007 і не може розглядатися за його положеннями, він повинен застосувати правила чинного національного процесуального законодавства своєї країни;

- якщо у процедурі ESCP сума зустрічного позову перевищує 2000 євро або сума обох позовів (первісного та зустрічного) більша, ніж визначена сума, справа повинна розглядатися за відповідним процесуальним законодавством держави – члена компетентного суду;

- наслідки щодо тієї частини вимог, які не можуть бути розглянуті за процедурою ЕОР, регулюються національним процесуальним законодавством.

Слід також зауважити, що порядок оскарження і виконання судового рішення регулюється законодавством держави, в якій воно буде відбуватися. Так, наприклад, суд у державі-члені виконання може, на прохання відповідача, відмовити в задоволенні заяви про виконання рішення, якщо рішення суперечить іншому рішенням суду, яке раніше було ухвалено судом між тими ж сторонами, з

того самого предмета і відповідає умовам, необхідним для його визнання (ст. 22 Регламенту № 1896/2006). При цьому компетентні у виконанні рішення органи повинні дотримуватися мінімальних стандартів, передбачених у ст. 21-23 Регламенту № 1896/2006 та глави III Регламенту № 861/2007. Під час оскарження рішень, ухвалених у загальноєвропейських процедурах, суди повинні дотримуватися тих вимог, які визначені положеннями ст. 20 Регламенту № 1896/2006 та ст. 17 та 18 Регламенту № 861/2007.

Автономність загальноєвропейських процедур пов'язана з ще одним важливим принципом – їх альтернативністю, що полягає у наданому заявникові праві вибору між ними та тими інструментами захисту своїх прав, які надані йому відповідно до положень національного процесуального законодавства. При їх підготовці підкреслювалося, що обов'язкова процедура забезпечила б більш широкі можливості, – особливо, якби вона не була обмежена лише випадками із транскордонними наслідками. Водночас розглядалася можливість надання суддям повноважень із розгляду транскордонних справ у звичайному порядку [5], яку потім і було реалізовано.

Сфера застосування цивільного процесу ЄС є надзвичайно дискусійним питанням, і, на переконання багатьох науковців, він має охопити і внутрішні спори, що регулюються за допомогою національного законодавства держав-членів. Так, М. Сторм вважає, що вони мають охоплювати і внутрішні процедури, оскільки завдяки ініціативам Спільноти і на основі фундаментальних принципів ЄС, зокрема права на справедливий судовий розгляд, можливо домогтися системи процесуального закону, яка є загальною для всіх держав-членів [6].

Альтернативний характер загальноєвропейських процедур створює труднощі, як зауважує К. Крамер, робить процесуальне право розсіяним, призводить до множинності процедур, оскільки європейські процедури не вимагають включення до національної системи процесуального права, бо регламент, на відміну від директиви, може не бути реалізований у національному процесуальному законодавстві, але застосовується в повному обсязі [7; 253-283].

Альтернативність загальноєвропейських процедур з вирішення дрібних спорів та видачі Європейського судового наказу забезпечується за допомогою надання права вибору, в якому порядку захищати свої права, заявникові. Йому, відповідно до положень Регламенту № 1896/2006, право обирати подальшу долю захисту своїх прав у разі подання відповідачем заяви про заперечення. У такому разі, відповідно до положень ст. 17, якщо заяву про заперечення подано впродовж встановленого строку, процедура має продовжуватися в компетентному суді держави-члена походження відповідно до правил звичайного цивільного процесу, якщо заявник явно не вимагав завершення процедури в такому випадку.

Відповідно до ухвалених у грудні 2015 р. змін до Регламенту №1896/2006, які набули чинності в липні 2017 р., якщо заяву про заперечення було подано впродовж встановленого в ч. 2 ст. 16 строку, процедура має продовжуватися перед компетентним судом держави-члена походження, якщо заявник явно не вимагав завершення процедури в такому випадку. Процедура може продовжуватися відповідно до: (а) Європейської процедури вирішення дрібних спорів, встановленої в Регламенті (ЄС) № 861/2007, якщо вона може бути застосована; або (б) будь-якої відповідної процедури національного цивільного процесу [3; 60-61]. У разі, якщо позивач не зазначив, які з перелічених процедур він просить застосувати до його заяви в разі подання відповідачем заперечення проти виданого судового наказу, або якщо заявник вимагав, щоб Європейська процедура вирішення дрібних спорів була застосована для розгляду його заяви в разі можливості, процедура з розгляду його заяви має відбуватися відповідного національного цивільного процесу, якщо тільки заявник явно не вимагав, що такий перехід не було застосовано.

Питання про обов'язковість або альтернативність запропонованих процедур має надзвичайно важливий характер. Цілком очевидно, що будь-яка особа шукатиме найбільш ефективного оптимального способу та форми захисту своїх прав, що на практиці доведе, які шляхи до вдосконалення цивільного судочинства найкращі, і дозволить уникнути необґрунтованих непоследовних змін та створити справді ефективну єдину систему цивільного процесу в Європі.

Але, на наше переконання, поширення сфери дії цивільного процесу ЄС на внутрішні спори навряд чи приведе до бажаного результату, адже ці альтернативи за своєю природою і транскордонні за призначенням процедури навряд чи складуть гідну конкуренцію положенням внутрішнього національного процесуального законодавства держав-членів. Саме альтернативний і автономний характер загальноєвропейських процедур надає їм перевагу та забезпечує ефективне застосування залежно від волі заявника.

Століттями накопичені і дбайливо зібрані правила судового врегулювання спорів у порядку національного цивільного судочинства відображають усі особливості традиційного ментального підходу різних держав-членів. Тим часом цивільний процес ЄС утворювався як альтернативний механізм наднаціонального рівня, який спрямований, передусім, на нівелювання відмінностей національних процесуальних систем задля досягнення ефективного захисту жителів ЄС. Це абсолютно не означає, що застосовані до внутрішніх спорів процедури та положення цивільного процесу ЄС стануть більш ефективними та зможуть забезпечити відповідний рівень захисту прав учасників внутрішніх спорів.

Розвиток цивільного процесу ЄС є надзвичайно важливим та необхідним з огляду на по-

дальшу інтеграцію його держав-членів. В подальшому цілком можливо, що єдині правила цивільного судочинства, які будуть застосовуватися як у транскордонних, так й у внутрішніх спорах, стануть найбільш вдалим рішенням не тільки для забезпечення належного функціонування внутрішнього ринку, але й для забезпечення єдиних засад здійснення правосуддя в межах всієї європейської спільноти, що об'єднана регіональним союзом Ради Європи.

Альтернативність загальноєвропейських процедур, які надають можливість розгляду справ транскордонного характеру у спрощеному порядку є не тільки принципом цивільного процесу ЄС. Її можна розглядати як вихідну ідею для запровадження загального і альтернативного спрощеного порядку розгляду справ в будь-якому цивільному процесі, зокрема національному. З огляду на це, слід згадати і положення Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо судової реформи)» [9] (далі – Проект).

Ми підтримуємо пропозицію про встановлення альтернативи звернення до суду в порядку наказного або спрощеного позовного провадження, що закріплена у ч. 4 ст. 96 Проекту змін до ЦПК; права позивача заявити клопотання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження, якщо це допускається цим Кодексом, передбачену у п. 3 ст. 120⁷.

Водночас з упередженістю ставимося до положення, запропонованого у п. 4 ч. 4 ст. 223¹ Проекту. Так, відповідно до згаданого положення суд може з урахуванням обставин справи дійти висновку про недоцільність розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження. На наше переконання, не визначені чітко підстави для висновку суду про недоцільність розгляду справи в спрощеному порядку можуть стати недоліком запроваджені конструкції, знівелювати її основне призначення та мету. Натомість забезпечення права сторін на обрання спрощеної процедури захисту своїх прав буде відповідати загальноєвропейських стандартам здійснення правосуддя в цивільних справах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ізарова І.О. Теоретичні засади цивільного процесу ЄС : монографія / І. О. Ізарова. – Київ : ВД Дакор, 2015. – 336 с.
2. Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32007R0861>.
3. Ізарова І. О. Науково-практичний коментар до цивільного процесуального законодавства Європейського Союзу: перші загальноєвропейські процедури розгляду і вирішення цивільних та комерційних справ транскордонного характеру – видачі Європейського судового наказу й вирішення дрібних спорів. Частина 1 / І. О. Ізарова ; пер. з англ. І. О. Ізарової, А. В. Сизової. – Київ : ВД «Дакор», 2016. – 308 с.
4. Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006R1896>.
5. Green Paper on a European order for payment procedure and on measures to simplify and speed up small claims litigation [Electronic resource]. – Mode of access : http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33212_en.htm.
6. Storme M. A. Single Civil Procedure for Europe : A Cathedral Builders' Dream [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.asianlii.org/jp/journals/RitsLRev/2005/6.pdf>.
7. Kramer X. E. A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe : the European Small Claims Procedure Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization / A.W. Jongbloed (ed.) // The XIII-th World Congress of Procedural Law : The Belgian and Dutch Reports. – Antwerpen : Intersentia, 2008. – Pp. 253–283.
8. Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо судової реформи)» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://jrc.org.ua/upload/steps/1f7a9a447248438a4822aaffe5085c1.pdf>.

Изарова Ирина Александровна

АЛЬТЕРНАТИВНОСТЬ И АВТОНОМНОСТЬ ОБЩЕЕВРОПЕЙСКИХ ПРОЦЕДУР КАК ПРИНЦИПЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

В статье исследуется сущность таких принципов гражданского процесса ЕС как альтернативность и автономность, что нашли свою реализацию в положениях регламентов о выдаче Европейского судебного приказа и процедуру решения мелких споров, которые, в свете реформы, состоявшейся в течение 2015 года, приобрели новый масштаб и значения .

Ключевые слова: гражданский процесс ЕС, принципы гражданского процесса ЕС, трансграничные споры.

Izarova Irina

ALTERNATIVE AND AUTONOMY AS THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CIVIL PROCEDURE

This article deals with the essence of the principles of European Civil Procedure EU – alternative and autonomy. It is the main idea of the regulations, creating the European Order for Payment Procedure and European Small Claims Procedure. In the light of the reforms that took place during 2015, this idea acquired a new scope and significance .

Keywords: European Civil Procedure, principles of European Civil Procedure, cross-border cases

УДК: 347.9

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ВЖИТТЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

У статті досліджено питання вжиття заходів забезпечення цивільного позову. Автором статті проаналізовано можливість застосування даних заходів у судах першої, апеляційної, касаційної інстанцій. Вказано суб'єктів, які можуть звертатися з заявою про застосування вказаних заходів. Автором зазначено вимоги щодо оформлення заяви про забезпечення позову, проаналізовано строк розгляду заяви та необхідність повідомлення осіб, які беруть участь у справі. Також проаналізовано необхідність надсилання ухвали про забезпечення позову заявнику, відповідачу, іншим особам, які беруть участь у справі. Автором статті розглянуто думки науковців та пропонується внесення змін до чинного законодавства України.

Ключові слова: цивільний позов, забезпечення позову, заходи, ухвала, судовий розгляд, заявник, відповідач, строк.

Вжиття заходів забезпечення позову дозволяє гарантувати ефективне виконання судового рішення в цивільних справах. Однак окремі аспекти вжиття заходів забезпечення позову викликають дискусії в правозастосовчій практиці та в теорії цивілістичного процесу.

Питання вжиття заходів забезпечення позову були і залишаються предметом наукового інтересу багатьох вчених, серед яких можна виділити: Г. Бугу, І. Дибу, В. Корольова, Н. Іванюту, С. Фурсу, В. Шерстюка, В. Яркова та ін.

Відповідно до ч. 1 ст. 153 ЦПК України заява про забезпечення позову розглядається судом, у провадженні якого перебуває справа [1].

В.М. Шерстюк зазначає, що забезпечувальні заходи можуть бути прийняті лише в суді першої інстанції [2, с. 78]. На противагу вказаному, науковець В.В. Яркова не виключає можливість вжиття забезпечувальних заходів в апеляційній інстанції, виходячи з поняття стадії процесу [3, с. 238].

Погоджуємося з думкою С.Я. Фурси, яка зазначає, що інститут забезпечення позову – це загальний інститут цивільного процесу, який повинен поширюватися на весь цивільний процес, включаючи всі його стадії (перша інстанція, апеляція, касація), тому він повинен бути виписаний законодавцем чітко, ясно, конкретно, а не тлумачитись у різних ситуаціях залежно від певних інтересів. Науковець щодо поширення дії забезпечення позову на касаційну інстанцію зазначає, що зараз у ЦПК України відсутня окрема норма, яка регламентувала б дане питання, а в ч. 1 ст. 328 ЦПК України йдеться про можливість суду за наявності клопотання особи, яка подала касаційну скаргу, у разі необхідності, вирішувати питання про зупинення виконання рішення (ухвали) суду. Непоодинокі випадки, коли судді в ухвалах зазначають, що таке зупинення можливе до закінчення розгляду справи касаційним судом, що можна розцінювати як своєрідний захід забезпечення позову (ч. 2 ст. 152 ЦПК

України), оскільки в разі необхідності судом можуть бути застосовані інші заходи забезпечення позову [4, с. 464].

Г. Буга зазначає, що зупинення виконання рішення судом касаційної інстанції не можна визнати забезпеченням позову, оскільки матеріально-правовий спір уже вирішений по суті, а рішення набрало законної сили, також вказує, що зупинення виконання рішення за своєю правовою метою є схожим із заходами забезпечення та спрямоване на запобігання чи усунення утруднень виконання судового рішення. При цьому, вважає, що більш обґрунтованим є використання поняття забезпечувальних заходів у даному випадку [5, с. 99].

Забезпечення позову стосується всіх стадій судового розгляду, оскільки метою судового розгляду є відновлення «порушеного або оскарженого права, захист майнових інтересів заявника» [6, с. 14].

Таким чином, вважаємо цілком логічною думку науковця Г. Буги, що вважає, враховуючи відсутність єдиної наукової позиції та єдності у правозастосовчій практиці, що з метою чіткого врегулювання питання щодо стадій, на яких може бути вжито забезпечення позову, слід внести зміни до ч. 3 ст. 151 ЦПК України наступного змісту: «Вжиття забезпечувальних заходів допускається на будь-якій стадії цивільного процесу» [5, с. 99].

Отже, інститут забезпечення позову є загальним інститутом цивілістичного процесу, який поширюється на весь цивілістичний процес, на всі його стадії.

Забезпечення позову допускається під час розгляду справи у суді першої інстанції на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду. Це положення стосується також випадків необхідності забезпечити позов, якщо справа розглядається апеляційною та касаційною інстанціями.

Позов забезпечується як після подання позовної заяви до суду, так і до подання позов-

ної заяви. Подання заяви про забезпечення позову до звернення до суду з позовною заявою має місце у справах, що стосуються запобігання порушенню права інтелектуальної власності. У справах щодо захисту інтелектуальної власності до заяви про забезпечення позову особі необхідно подати документи й інші докази, які підтверджують, що ця особа є суб'єктом відповідного права інтелектуальної власності, а також що її права можуть бути порушені у разі невжиття заходів забезпечення позову.

В. Корольов з даного приводу зазначає, що виникає цілком логічне запитання, а чи можна у цій ситуації називати вжиті заходи заходами забезпечення позову, якого ще не подано до суду [7, с. 80]. Однак вважаємо, що саме так ці заходи й повинні називатися, оскільки законом передбачено обов'язок подання позовної заяви та чітко встановлено строк.

Слід розглянути суб'єктів, котрим надано процесуальним законом право звертатися з клопотанням про забезпечення позову. Такими суб'єктами можуть бути як особа, яка пред'явила позов до суду, так і будь-яка інша особа, яка бере участь у справі.

Однак підтримуємо думку вченого Іванюти Н. В., який зазначає, що використання забезпечувальних заходів направлено на захист прав і законних інтересів осіб, що звертаються до суду з вимогою про їх захист, тому відповідач, не подаючи зустрічного позову, не має права звертатися до суду за вжиттям забезпечувальних заходів [8].

Клопотання про забезпечення позову повинно бути зроблено у формі мотивованої заяви, у якій необхідно зазначити: причини, у зв'язку з якими потрібно забезпечити позов, тобто об'єктивні обставини та (або) припущення щодо обставин, що несуть реальну загрозу невиконання чи утруднення виконання можливого рішення суду у разі задоволення позову; захід забезпечення позову, який треба застосувати, з обґрунтуванням його необхідності; інші відомості, потрібні для забезпечення позову. Подібні відомості залежать від стадії розгляду справи, заходу забезпечення позову та від інших важливих для забезпечення позову обставин у конкретній справі (ч. 3 ст. 152 ЦПК України) [1].

Також у заяві потрібно вказати: суд, до якого подається заява, предмет спору, прізвище, ім'я та по-батькові особи, яка подає заяву про забезпечення позову, її адресу, прізвище, ім'я та по-батькові відповідача, місце проживання. Ці відомості вважаємо за необхідне передбачити в ЦПК України.

Звертаємо увагу на те, що якщо заява про забезпечення позову подана без додержання відповідних вимог, то суд повертає її заявникові, про що постановляє ухвалу (ч. 8 статті 153 ЦПК України) [1].

Підтримуємо позицію юриста-практика І. Диви, який вважає, що найбільшими проблемами при застосуванні заходів забезпечувального характеру є недостатня обґрунтованість і невідповідність забезпечувальних

заходів заявленим вимогам, у зв'язку з чим у судовій практиці процвітають зловживання через застосування забезпечувальних заходів. Законодавство містить конкретну вимогу про те, що заява про вжиття заходів із забезпечення позову має містити належне обґрунтування, що невжиття цих заходів може призвести до негативних наслідків [9].

Заява про забезпечення позову подається до суду, у провадженні якого перебуває відповідна цивільна справа. У день надходження зазначеної заяви суддя одноособово або суд (залежно від стадії цивільного судочинства) у судовому засіданні вирішує питання щодо забезпечення позову. Виникає питання можливості розгляду даної заяви у день надходження до суду.

Для розгляду заяви про забезпечення позову явка осіб, які беруть участь у справі, не вимагається.

Заява про забезпечення позову, яка подана під час судового засідання, розглядається після того, як буде заслухана думка решти присутніх у судовому засіданні осіб, які беруть участь у справі [1].

У відповідності до п. 4 Постанови Пленуму Верховного суду України «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» від 22 грудня 2006 року № 9, розглядаючи заяву про забезпечення позову, суд (суддя) має з урахуванням доказів, наданих позивачем на підтвердження своїх вимог, пересвідчитися, зокрема, в тому, що між сторонами дійсно виник спір та існує реальна загроза невиконання чи утруднення виконання можливого рішення суду про задоволення позову; з'ясувати обсяг позовних вимог, дані про особу відповідача, а також відповідність заходу забезпечення позову, який просить застосувати особа, яка звернулася з такою заявою, позовним вимогам [10].

Варто зазначити, що у зв'язку із застосуванням відповідних заходів можуть бути порушені не тільки інтереси позивача, а й інших осіб, тому вирішуючи питання про забезпечення позову суд повинен також врахувати й цю обставину.

Слід вказати позицію вчених-процесуалістів, які вважають, що у ч. 2 статті 153 ЦПК України закріплено внутрішнє протиріччя. Суд, до якого надійшла заява про забезпечення позову до подання позовної заяви, за загальним правилом, зобов'язаний повідомити особу, стосовно якої заявник просить вжити заходів забезпечення позову. У разі ж обґрунтованої вимоги заявника допускається розгляд заяви про забезпечення позову до подання позовної заяви лише за участю заявника без повідомлення особи, стосовно якої просять вжити заходи забезпечення позову. Із буквального тлумачення цієї норми виходить, що у випадку, коли вимога заявника є обґрунтованою, то заява про забезпечення позову розглядається лише за його участю, а якщо ні – то з повідомленням особи, стосовно якої просять вжити заходи забезпечення позову. Проте варто

звернути увагу й на те, що обґрунтованість вимоги про забезпечення позову до подання позовної заяви встановлюється судом під час розгляду відповідної заяви і до цього моменту не можна стверджувати про її обґрунтованість чи необґрунтованість [11, с. 365]. Вважаємо, що вказана позиція являється частково вірною, оскільки суд дійсно визначає обґрунтованість вимоги під час розгляду цієї заяви, однак існують випадки, коли обґрунтованість/необґрунтованість можна визначити, ознайомившись із даною заявою та матеріалами справи.

Строк для розгляду заяви про забезпечення позову до подання позовної заяви становить два дні, та обчислюється з дня подання цієї заяви. Однак, враховуючи способи здійснення судових повідомлень, встановлені у статті 74 ЦПК України, а також реалії пересилання поштової кореспонденції, строку, визначеного нормою, недостатньо. Тож пропонуємо збільшити даний строк до п'яти днів.

Також, слід зазначити, що у законі не встановлено наслідків неявки такої особи, а також самого заявника у судові засідання, в якому буде розглядатися заява про забезпечення позову до подання позовної заяви. Тож якби даних осіб не обов'язковою, та за їх відсутності суддя може одноособово розглянути та вирішити питання щодо вказаної заяви.

Суд під час розгляду заяви про забезпечення позову, поданої до відкриття провадження у справі, може виявити, що надані заявником докази недостатньо свідчать про необхідність вжиття заходів забезпечення позову. У даному випадку суд має право вимагати від заявника подати додаткові докази, що зможуть підтвердити таку необхідність. Таким чином суд створює перешкоди можливому зловживанню з боку заявника належними йому процесуальними правами.

Законодавець не зазначає в якій процесуальній формі суд має право витребувати від заявника вказані додаткові докази; яким чином повідомляється про це заявник, який не був присутнім під час розгляду його заяви; та які наслідки тягне за собою невиконання відповідної вимоги суду.

Підтримаємо думку вчених-процесуалістів, які вважають, що суд повинен постановити ухвалу, встановивши необхідність витребування від заявника додаткових доказів, в якій чітко зазначити строк для подання нових доказів. Також суд може у цій ухвалі прямо вказати докази, у тому числі документи, які має надати заявник. Якщо заявником не буде надано у встановлений судом строк витребувані додаткові докази, суд вправі відмовити йому у забезпеченні позову, посилаючись на необґрунтованість відповідної заяви [11].

Якщо заявник не був присутнім під час розгляду його заяви про забезпечення позову, йому надсилається копія відповідної ухвали суду.

Законодавцем нечітко встановлено коло осіб, яким потрібно надсилати копію ухвали про забезпечення позову. Передбачено лише, що копія цієї ухвали надсилається, крім заяв-

ника, так званим заінтересованим особам, не конкретизуючи, хто є цими особами.

Суд має направляти копію ухвали про забезпечення позову, крім заявника, позивачеві, якщо не він є заявником, відповідачеві, іншим особам, які беруть участь у справі та інтереси яких зачіпаються вжиттям заходів забезпечення позову, а також особі, стосовно якої вжиті такі заходи, у тому числі органу Державної виконавчої служби (у випадку застосування заходів, передбачених у пунктах 5, 6 ч. 1 статті 152 ЦПК України). У разі розгляду питання про забезпечення позову в судовому засіданні суду не потрібно надсилати копію відповідної ухвали особам, які брали участь у даному судовому засіданні.

Якщо було постановлено ухвалу без повідомлення особи, стосовно якої просили застосувати заходи забезпечення позову, вона має бути про це повідомлена. Суд зобов'язаний надіслати копію ухвали особі, щодо якої застосовано заходи забезпечення позову.

Суд, розглянувши питання щодо вжиття заходів забезпечення позову, постановляє відповідно ухвалу: 1) про відмову у забезпеченні позову, якщо визнає відповідну заяву необґрунтованою; 2) про забезпечення позову у випадку, коли визнає доводи заявника обґрунтованими та правомірними.

Таким чином, автором статті досліджено окремі аспекти вжиття заходів забезпечення позову та в ході дослідження зроблено відповідні висновки.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року № 1618-IV/Відомості Верховної Ради України (ВВР) – 2004. – № 40-41, 42 – ст. 492.
2. Шерстюк В. М. Новые положения третьего Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2003. – 400 с.
3. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. проф. В. В. Яркова. М., 2003. – 566 с.
4. Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України : [наук.-практ. комент.] : у 2 т. Т. 1 / С.Я. Фурса. – К.: Фурса С.Я., КНТ, 2007. – 916 с.
5. Буга Г. Забезпечення позову в цивільному процесуальному праві України. – дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /Буга Ганна Сергіївна. – Харків. 2012. – 198 с.
6. Пшечук А. К. К вопросу о применении обеспечительных мер в гражданском процесс / А. К. Пшечук // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 12. – С. 14–15.
7. Корольов В.В. Способи забезпечення цивільного позову, не передбачені ЦПК України// Вісник Вищої ради юстиції», № 3 (7) 2011. – С. 72–82.
8. Іванюта Н. В. Щодо порядку розгляду господарським судом заяви про вжиття заходів до забезпечення позову // Міжнародна науково-практична інтернет-конференція «Економіко-правові дослідження в XXI столітті». – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=314&ID=333.

9. Діба. І. Підстави для забезпечення позову. [Електронний ресурс]/Діба І. – Режим доступу: <http://komuna.lviv.ua/content/view/111/18/>.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. №9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді

заяв про забезпечення позову»// Бізнес: законодавство та практика. – 2007 р., № 7, – стор. 3.

11. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С.С. Бичкова, Ю.В. Білоусова, В.І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С.С. Бичкової. – К., 2008. – 840 с.

Одосий Ольга Юрьевна

ПРОЦЕДУРАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК ПРИНЯТИЯ МЕР ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ИСКА: ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

В статье исследован вопрос принятия мер обеспечения гражданского иска. Автором статьи проанализированы возможности применения данных мер в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций. Указано субъектов, которые могут обращаться с заявлением о применении указанных мер. Автором отмечено требования по оформлению заявления об обеспечении иска, проанализированы срок рассмотрения заявления и необходимость уведомления лиц, участвующих в деле. Также проанализированы необходимость отправки постановления об обеспечении иска заявителю, ответчику, другим лицам, участвующим в деле. Автором статьи рассмотрены мнения ученых и предлагается внесение изменений в действующее законодательство Украины.

Ключевые слова: гражданский иск, обеспечение иска, меры, решение, судебное разбирательство, заявитель, ответчик, срок.

Odosii Olga

PROCEDURAL ORDER OF TAKING MEASURES TO ENSURE A CIVIL CLAIM: SOME ASPECTS

In the article the question of taking measures to ensure a civil claim is investigated. The author of the article has analyzed the applicability of these measures in the courts of first, appellate, cassation instances. Subjects, who may apply for the use of these measures, are specified. The author defined the requirements for such application, analysed the period of the hearing and the need to inform the persons involved in the case. The need to send the decision on the claim to the applicant, the defendant and other persons, who are involved in the case, is also analysed. The author of the article considered the views of scientists and proposed amendments to the current legislation of Ukraine.

Keywords: civil claim, securing a claim, measures, court order, hearing, applicant, defendant, term.

Joanna Studzińska,

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

EXAMINATION OF COMPLAINTS IN CIVIL MATTERS AS ONE OF THE FORMS OF ACCESS TO THE SUPREME COURT IN POLAND

There are different functions of the Supreme Court in Poland such as the control of legality and correctness of an issued ruling, and the examination of, above all the extraordinary means of appeal, which are: cassation complaints, complaints to declare a legally binding decision unlawful. Placement of the complaint to the Supreme Court within the regulations of the chapter on the appeal, and not, as previously, in the chapter devoted to the cassation, is significant in terms of the construction. The complaint proceedings in the Supreme Court creates a mechanism within the framework of which the Supreme Court not only examines the matter but controls the 2nd instance court whether a decision by which the proceedings are terminated does not infringe the law, and in the case of finding such infringement, generally, it “cancels” such decision. It is, therefore, worth being better acquainted with when the complaint to the Supreme Court can be filed and to what extent the Supreme Court can be allowed to intervene on the merits in an issued decision.

Key words: complaint in civil matters, the Supreme Court in Poland, the admissibility of filing a complaint, the scope of control by complaint.

The Supreme Court in Poland, because of its functions, i.e., the control of legality and correctness of an issued ruling, examines, above all, the extraordinary means of appeal, which are: cassation complaints, complaints to declare a legally

binding decision unlawful. In civil procedure, an appeal to the Supreme Court has always been an exception to the rule, and by 2 July 2000 it was available exclusively when lodged against a 2nd instance court decision rejecting a cassa-

tion. The essence of the complaint, as any other means of appeal, is to render effective the right of a party (appellant) to implement an appropriate means of control [1]. At present, a complaint to the Supreme Court in Poland serves to control the non-final decisions not on merits, i.e. neither judgments nor orders for payment as a means of appeal against the 2nd instance court decisions which can be appealed in the light of art. 394¹ of the Civil Proceedings Code, hereinafter the "CPC". Such decisions which conclude a matter are, among others: decisions rejecting a lawsuit on procedural grounds, appeals discontinuing proceedings [2]. An exception to a situation in which a decision on merits can be appealed is provided in Art. 394¹ § 1¹ of CPC which is "an appeal against a judgment". The institution of the complaint in civil proceedings after the amendment of the civil procedure code dated 16 September 2011 [3] is therefore not uniform, viewing the appeal, at least, from the perspective of a horizontal complaint or a complaint against a cassation decision [4].

The admissibility of being able to lodge an appeal a decision to the Supreme Court needs to be deemed an exception of a kind, despite the fact that issues subject to appeal examined by the Supreme Court occur in the course of the instance proceedings [5]. Placement of the complaint to the Supreme Court within the regulations of the chapter on the appeal, and not, as previously, in the chapter devoted to the cassation, is significant in terms of the construction [6]. It is, therefore, worth being better acquainted with when an appeal to the Supreme Court can be filed and to what extent the Supreme Court can be allowed to intervene on the merits in an issued decision.

1. The admissibility of filing a complaint to the Supreme Court

Pursuant to the Polish Civil Proceedings Code, a complaint to the Supreme Court can be filed against 2nd instance court decision by which a cassation is rejected and against a 2nd or 1st instance court decision by which a complaint of declaration of unlawfulness a legally binding decision. In the matters is which a cassation complaint can be filed, a complaint can be filed also against a 2nd instance court decision which concludes the proceedings, except for decisions rejecting the lawsuit on procedural grounds or discontinuing proceedings, and also decisions issued as a result of the examination of a complaint against a 1st instance court decision. A complaint to the Supreme Court can also be filed against a 1st or 2nd instance court decision or against a 2nd instance court decision of the same court but sitting in a different panel. It must, however, be noted that a complaint filed with the Supreme Court does not constitute a specific means of appeal which is different from that filed with the 2nd instance court, and is characterized by being devolutive and suspensive. In such procedure, the Supreme Court controls appealable decisions and acts as the 2nd instance court, which overlaps with the model of an appeal filed with the 2nd instance court. In the majority of events, a complaint filed with the Supreme Court serves to challenge and verify the correctness of decisions with regard to procedural issues [7]. An excep-

tional character of the complaint to the Supreme Court is confirmed in a rather narrow catalogue of decisions which can be appealed under that procedure, even through the scope thereof, throughout recent years, has become extended. Due to the fact that the Supreme Court decisions are non-appealable, a complaint which can be filed against those decisions is final because a decision delivered as a result of examination thereof cannot be further appealed.

2. Reviewing complaints by the Supreme Court in Poland

The complaint filed with the Supreme Court is "exceptional" in its character. Art. 394¹ of CPC was introduced by the amending act dated 22 December 2004 [8] on the basis of which crucial changes were introduced in the system of the means of appeal which also relate to the change of the character of cassation appeal. In the present normative context a situation in which the Supreme Court reviews a complaint of the 2nd instance court decision is exceptionally conspicuous. The Supreme Court, but for one exception resulting from Art. 390 § 1 of CPC, is never a 2nd instance court. Art. 394¹ of CPC constitutes an exception to the above described principle because it provides for a situation in which it is the Supreme Court that examines the complaint [9]. The provision expressly states that that court operates as a body which controls (to a limited extent) decisions which conclude the proceedings and which have been issued by the 2nd instance court. Those are decisions of regional or appeal courts which operate as the 2nd instance courts.

The Supreme Court which reviews a complaint does not operate as the 2nd instance court [10]. According to the established case-law and the legal doctrine, an instance in which the Supreme Court examines in civil proceedings as the 2nd instance court may be the circumstances resulting from Art. 390 of CPC (transferring the matter for reconsideration).

Those decisions of the 2nd instance court which relate to the proceedings can be appealed to the Supreme Court by a cassation complaint or a complaint only in the circumstances expressly described in the provisions (art. 398¹ § 1 and art. 394¹ § 1 and 2 CPC respectively). A complaint to the Supreme Court against other decisions does not apply.

Admissibility of a complaint against a decision other than that rejecting the a complaint on procedural grounds depends, in the first place, on whether the complaint was filed in a matter in which a cassation complaint is allowed. Therefore, even those decisions which meet the remaining requirements – the 2nd instance court decisions which conclude the proceedings – are not always appealable to the Supreme Court. In that view, admissibility of a complaint is assessed individually in each matter. If a complaint has been filed in the proceedings in which a cassation complaint cannot be filed, that means that the complaint fails to comply with the first requirement of admissibility.

The criterion of a decision which "concludes the proceedings" is general and refers to the entire

category of decisions [11]. The legal doctrine lacks a uniform definition of that notion and thus some claim that the court issues a decision which concludes the matter being viewed as a certain completeness to be assessed, when it rules on the entire proceedings, and there are no conditions to enable passing of a judgment, which means the resolution of the matter on merits [12], whereas the others point out that such decisions conclude the matter when the continuation of the proceedings after these decisions have been issued is not further possible [13]. The conditions by which a decision qualifies to conclude the proceedings have already been explained in a number of the Supreme Court decisio [14], there is, however, unanimity as regards the notion of a decisions concluding the proceedings [15]. According to the duality of these may be the following decisions: decisions which, if they become final, cannot be resolved on merits by the 2nd instance court if on the date of issuing such a decision the court is not required to further examine the matter; or decisions which ascertain that an event has occurred which causes non-admissibility to continue the proceedings aiming at resolution of the matter on the merits by the 2nd instance court [16].

The Supreme Court reviews a complaint against the 2nd instance court decisions in the panel composed of three judges in camera [17]. Concurrently, admittance by the Supreme Court of a complaint results in the appealed decision being overturned. In consequence, the Supreme Court can resolve on the merits of the matter or it can remand it to the 2nd instance court for reconsideration. In the remainder of instances, however, the Supreme Court sits in the panel of one judge. A proper application of this regulation means that the Supreme Court examines an appeal in panel of three judges, in other matters, however, it conducts appellate proceedings in the panel of one judge. Those other matters are the situations in which, e.g., a complaint is overturned, appellate proceedings are discontinued or suspended [18].

Formal requirements for a pleading and a complaint under Article 394 (3) of the CPC also apply to a complaint filed with the Supreme Court. Therefore, a complaint, similarly to every single pleading should contain, among others, designation of the court, names and surnames of the parties, of statutory representatives or attorneys, signatures (of the parties or the statutory representatives, or attorneys), and where the pleading is filed by an attorney – a power of attorney attached, a list of exhibits, citation of evidence to support a demand, text (content), subsequent pleadings in the matter and – a file reference number, an indication of a decision being appealed, a motion for change or reversal thereof, justification of the appeal together with an indication of new facts and evidence (optionally). New facts and evidence may be adduced even if they could have been filed in the 1st instance proceedings [19]. An obligation that a complaint filed with the Supreme Court be drafted by an advocate or a legal advisor is stipulated in Art. 87¹ of CPC and if it is drafted in breach of this regulation, it is to be rejected as inadmissible [20].

A complaint should be filed within a week from the date of service of a decision or announcement thereof. A deadline for a complaint to be filed will start on the date of announcing a decision and not on the date of service thereof [21]. In the case a means of appeal is filed to a wrong court or another body, a deadline to file an appeal against a decision is deemed observed only if the means of appeal is transferred to a court which issued the appealed decision prior to this deadline [22]. A deadline for filing an appeal shall not be interrupted or extended because of a motion to appoint a representative *ex officio*. Appointment of a representative *ex officio* by the court after the deadline for filing an appeal has elapsed; may, only, be a circumstance which justifies reinstatement of the deadline [23].

Due to the fact that a party filing a complaint with the Supreme Court must be assisted by a representative appointed in the proceedings, the deadline to file an appeal commences on the date of service of a decision on the representative, even if the party subsequently revokes a power of attorney granted to him [24]. If a copy of the decision was served under Art. 138 § 1 of CPC, for the effective service thereof the conditions provided in this article must be met. Therefore, if upon service a decision was collected by a person not being a household member, such service cannot be deemed to be effective, which means that the deadline for an appeal to be lodged starts from the date of the real service of a copy of the decision on the addressee [25].

The case file together with a necessary complaint are presented by the 1st instance court to the 2nd instance court. At the same time, there is a possibility to file a complaint to an appeal directly to the 2nd instance court within a week from the date of service of the appeal. Examination of a complaint by the 2nd instance court is in camera. The fact of being devolutive is a characteristic of a means of appeal (appeal, complaint). That means a possibility to examine the matter by a higher instance court after a prior filing of an appellate measure, i.e., an appeal. The reconsideration of the matter enables indication of new facts and evidence, which have not been known in the course of the 1st instance court proceedings.

It frequently occurs that the issues of admissibility of an appeal to the Supreme Court are examined incidentally. And pursuant to a decision dated October 12, 2007 [26], a complaint against the 2st instance court decision on the award of costs in the proceedings cannot be filed with the Supreme Court (Art. 394¹ § 2 of CPC).

In judicial decisions of the Supreme Court the following are deemed inadmissible appeals filed with the Supreme Court: preliminary injunction orders [27], a decision included in the appeal court judgment on the costs incurred in the 1st instance court proceedings [28], the 2nd instance court decision on the costs of non-paid legal assistance [29], a decision on the refusal of a waiver from court costs [30], a decision on the dismissal of a motion to have a deadline reinstated to file a motion to draft the justification of the 2nd instance court judgment and service of the copy thereof together with

justification [31], contrary to a decision dismissing a motion to serve a judgment together with justification which is subject to an appeal [32], the 2nd instance court decision on the return of the court fee [33], the 2nd instance court decision dismissing a motion to suspend enforcement of a binding decision by filing a cassation, by the time of termination of the cassation proceedings[34], the 2nd instance court decision on the rejection of a motion to restore the deadline for filing a cassation – such decision can be controlled within the examination of an appeal of a decision to reject a cassation [35], a 2nd instance court decision dismissing an appeal of a first instance decision dismissing an appeal [36], a 2nd instance court decision dismissing a motion to correct or interpret a judgment [37] or a 2nd instance court decision in the matter of award to the State Treasury of the costs of unpaid *ex officio* legal assistance in appeal proceedings [38].

3. Conclusions .

It must be stated that in the proceedings in the Supreme Court which have been instituted by a complaint of the 2nd instance court decision (similarly to the cassation proceedings), Art. 380 which provides for a possibility of examining by the 2nd instance court of the decisions which were non-appealable, can be widely applied. It needs to be emphasized that in the appeal proceedings initiated by a complaint of a decision to reject the cassation, the cognition of the Supreme Court is limited exclusively to the subject of the appeal, thus, the issue of a possible invalidity of the proceedings in the 2nd instance court remains beyond the control of that court [39].

The appeal proceedings in the Supreme Court creates a mechanism within the framework of which the Supreme Court not only examines the matter but controls the 2nd instance court whether a decision by which the proceedings are terminated does not infringe the law, and in the case of finding such infringement, generally, it “cancels” such decision.

Therefore, the right to file a complaint to the Supreme Court cannot be absolute and cannot be deemed to be similar to the right to trial. In the case of decisions which do not terminate the proceedings (the secondary decisions) a complaint can be filed only when a provision expressly states so.

LIST OF REFERENCES

1. Zembrzusi, Charakter zażalenia (“The character of the complaint”) [in:] System prawa procesowego cywilnego. Środki zaskarżenia, (“The civil procedural law system. The means of appeal”) editor: J. Gudowski, vol. III, part 1, Warszawa 2013, p. 387.
2. See among others: R. Obrębski, Pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawach cywilnych, (“The notion of a decision terminating the proceedings in civil matters”) PS 1999, no 11–12, p. 124 and subsequent/
3. Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (“The act dated 16 September 2011 on the amendment of the Civil

Proceedings Code act”) Dz. U. (“Journal of Laws”) No 233, item 1381.

4. More: W. Broniewicz, Istota i rodzaje zażalenia w postępowaniu cywilnym, (“The essence and types of complaints in civil proceedings”) PS 2001, no 1, p. 18; J. Studzińska, Zażalenie na orzeczenie kasatoryjne i zakres jego rozpoznania (“The complaint against the cassation judgement and the scope of its recognition”) [w:] Wokół problematyki środków zaskarżenia w postępowaniu cywilnym (“Around the appeal measurements in civil procedure”), red. M. Michalska – Marciniak, Sopot 2015, s. 153.
5. More: P. Grzegorzczak, Środki zaskarżenia w postępowaniu cywilnym w świetle ustawy nowelizującej z 16 września 2011 r. – ogólna charakterystyka zmian, (“The appeal means in civil proceedings in the light of the amending act dated 16 September 2011 – general changes characteristics”) PS 2012, no 4; T. Zembrzusi, Głos w dyskusji (“The voice in the discussion”) [in:] T. Ereciński, K. Weitz, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego, (“The Constitution Tribunal case-law and the Civil proceedings code. The materials from the annual gathering of the civil proceedings cathedras and departments”) Serock next to Warszawa, 24-26 September 2009, Warszawa 2010.
6. K. Kołakowski, Komentarz do art. 3941 k.p.c. (“The commentary to art. 3941 of CPC”) [in:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1- 50514 (“The civil proceedings code. The commentary to art. 1- 50514”) vol. I, editor: K. Piasecki, Warszawa 2006, p. 1421.
7. A. Zieliński, Komentarz do art. 394 k.p.c. (“The commentary to art. 394 of CPC [in:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, (“The civil proceedings code. The commentary.”), editor: A. Zieliński, Warszawa 2008, p. 609.
8. Ustawa z dnia 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy prawo ustroju sądów powszechnych, (“The act dated 22 December 2004 on the amendment of the act of civil proceedings code and of the act on the common courts”) Dz. U. (“Journal of Laws”) 2005, no 13, item 98.
9. B. Bładowski, Zażalenie w postępowaniu cywilnym, (“The complaint in civil proceedings”) Kraków 2006, p. 18 and 22.
10. The Supreme Court (hereafter the “SC”) decision dated 12 October 2007, case file no IV CZ 91/07, Lex no 485889.
11. Decision dismissing motions to restore dates to file the appeal, cassation, to file a demand to be served a copy of the 2nd instance court judgment with justification, etc., are not considered in the reported cases as the decisions which conclude the proceedings. The SC resigned from a traditional approach that a decision by which the date has not been restored can sometimes also conclude the proceedings in the decision dated 11 August 1999, I CKN 367/99 (OSNC 2000, no 3, item 48 and OSP 2000, notebook 6, item 93, together with a critical gloss by P. Osowy and P. Pełczyński, and also J. Smólski, PS 2000, no 9, p. 135 and subsequent). In the resolution of seven judges dated 31 May 2000, III ZP 1/2000 (OSNC 2001, no 1,

- item 1) the Supreme Court ruled that a cassation (now a cassation complaint) of a 2nd instance court decision dismissing an appeal of a 1st instance court decision dismissing a motion to restore the date for filing an appeal does not apply.
12. T. Ereciński, *Apelacja i kasacja w procesie cywilnym (według ustawy z 1 marca 1996 r.)*, ("The appeal and cassation in civil proceedings (pursuant to the act dated 1 March 1996") Warszawa 1996, p. 104.
 13. T. Wiśniewski, *Apelacja i kasacja. Nowe środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, ("The appeal and cassation. New means of appeal in civil proceedings") Warszawa 1996, p. 132.
 14. E.g., A decision on the award of costs of the proceedings does not constitute such example (see: the SC decision dated 20 December 1996, I CZ 30/96, OSNC 1997, no 3, item 34).
 15. Szerzej R. Obrębski, *Pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawach cywilnych*, ("The notion of decisions concluding the proceedings in civil matters") PS 1999, or 11–12, p. 124–145.
 16. T. Ereciński, *Komentarz do art. 3941 k.p.c.* ("The commentary to art. 3941 of CPC [in:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Cz. 1, Postępowanie rozpoznawcze, ("The civil proceedings code. The commentary. Part 1. The examination proceedings") vol. II, edit. T. Ereciński, Warszawa 2013, p. 227 and subsequent
 17. The SN resolution dated 19 Decemmer 1938, C III 1549/37, Zb. Orz. ("The collection of caeslaw") 1939, no III, item 101.
 18. To the contrary see: A. Zieliński (in:) *Kodeks postępowania cywilnego, t. 1, Komentarz do artykułów 1-50514*, ("The civil proceedings code, vol. 1, The Commentary to art. 1-50514, editor A. Zieliński, Warszawa 2016, p. 969.
 19. A. Góra – Błaszczkowska, *Apelacja, zażalenie, wznowienie postępowania, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Komentarz*, ("The appeal, complaint, reopening of the proceedings, complaint of declaration of a legally binding decision to be unlawful. The commentary") Warszawa 2006, p. 140.
 20. The SC decision dated 16 March 2006, III CZ 5/06, unpublished.
 21. A. Góra – Błaszczkowska, *Apelacja, zażalenie ...*, ("The appeal, complaint...") p. 144.
 22. The SC decision dated 2 June 1978, I CZ 66/78, LEX no 8106.
 23. The SC decision dated 12 April 2007, I PZ 1/07, OSNP 2008, journals: 13-14, item 195.
 24. The decision of the Appeal Court (hereinafter the "AC") in Łódź dated 22 July 1998, III WCK 64/98, OSA 1999, journal 2, item 14.
 25. The SC decision dated 2 February 2007, IV CZ 124/06, LEX no 274201.
 26. IV CZ 28/07, OSNC 2008, no 2, item 29.
 27. The SC decision dated 12 March 2003, III CZ 18/03, IC 2003, no 12, p. 47.
 28. The SC decision dated 23 June 2010, II CZ 45/10, Biul.SN 2010, journal 9, item 12.
 29. The SC decision dated 15 April 2010, II CZ 118/09, Palestra 2010, journals 5-6, item 237.
 30. The SC decision dated 8 October 2009, II PZ 14/09, LEX no 559943; the SC decision dated 23 June 2009, II PZ 3/09, LEX no 521927.
 31. The SC decision dated dnia 19 April 2006, I UZ 3/06, OSNP 2007, journal. 9-10, item 145.
 32. The SC decision dated 24 September 2003, I CZ 100/03, LEX no 602194.
 33. The SC decision dated 12 December 2007, V CZ 74/07, OSNC 2009, journal 2, item 31.
 34. The SC decision dated 17 July 2006, I UZ 11/06, OSNP 2007, journal. 15-16, item 236.
 35. The SC decision dated 4 March 2005, II UZ 72/04, OSNP 2005, journal 20, item 325.
 36. The SC decision dated 22 April 2002, I PKN 386/01, OSNP 2004, journal 6, item 101.
 37. The SC decision dated 12 March 2003, I PZ 162/02, OSNP 2004, journal 14, item 245.
 38. The SC decision dated 17 November 2009, III CZ 53/09, OSNC 2010, no 5, item 79.
 39. The SC decision dated 11 May 2001, III CZ 28/01, OSNC 2002, no 1, item 12.

Джоанна Студзинска
РАССМОТРЕНИЕ ЖАЛОБ В ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛАХ
КАК ОДНА ИЗ ФОРМ ДОСТУПА К ВЕРХОВНОМУ СУДУ В ПОЛЬШЕ

Существуют различные функции Верховного Суда в Польше, такие как контроль за законностью и правильностью принятого решения и рассмотрения, прежде всего чрезвычайные средства правовой защиты, а именно: кассационное обжалование, признание решения незаконным. Размещение норм об обжаловании в Верховный Суд в рамках положений главы об апелляционном обжаловании, а не, как раньше, в разделе, посвященном кассации, имеет большое значение с точки зрения структуры. Процедура обжалования в Верховный Суд создает механизм, в рамках которого Верховный Суд не только рассматривает этот вопрос, но управляет второй инстанцией, где решение, которым было приостановлено процесс, не затрагивает закон, и в случае выявления такого нарушения, как правило, это «отменяет» такое решение. В таком случае, будет проще знакомиться с тем, когда жалоба в Верховный Суд может быть подана и в какой мере Верховному Суду может быть разрешено вмешиваться в сущность принятого решения.

Ключевые слова: обжалование по гражданским делам, Верховный Суд в Польше, допустимость обжалования, пределы обжалования.

Джоанна Студзінська
РОЗГЛЯД СКАРГ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ
ЯК ОДНА ІЗ ФОРМ ДОСТУПУ ДО ВЕРХОВНОГО СУДУ В ПОЛЬЩІ

Існують різні функції Верховного Суду в Польщі, такі як контроль за законністю та правильністю ухваленого рішення і розгляду, перш за все надзвичайні засоби юридичного захисту, а саме: касаційне оскарження, визнання рішення незаконним. Розміщення норм про оскарження

до Верховного Суду в рамках положень глави про апеляційне оскарження, а не, як раніше, в розділі, присвяченому касації, має велике значення з точки зору структури. Процедура оскарження до Верховного Суду створює механізм, в рамках якого Верховний Суд не тільки розглядає це питання, але управляє другою інстанцією, де рішення, яким було припинено процес, не порушує закон, і в разі виявлення такого порушення, як правило, це «скасовує» таке рішення. В такому випадку, буде простіше ознайомлюватись з тим, коли скарга до Верховного Суду може бути подана і в якій мірі Верховному Суду може бути дозволено втручатися в суть ухваленого рішення.

Ключові слова: оскарження у цивільних справах, Верховний Суд в Польщі, допустимість оскарження, межі оскарження.

Фурса Світлана Ярославівна,

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри нотаріального
та виконавчого процесу і адвокатури,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка

Фурса Євген Іванович,

кандидат юридичних наук, професор кафедри
міжнародного приватного, комерційного та
цивільного права Київського національного
торгівельно-економічного університету

УДК 347.9

ОБ'ЄКТИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У даній статті проведений порівняльний аналіз та розкрито сутність понять «порушене, оспорюване, невизнане право, свобода чи інтерес». Акцент зроблено на поняттях «об'єкт» та «предмет» судового захисту та їх співвідношення із такими самими поняттями, які мають застосування у нормах матеріального права. Внесено ряд пропозицій з удосконалення норм ЦК, ЦПК.

Ключові слова: судовий захист, цивільний процес, об'єкт, предмет, порушене, оспорюване, невизнане право, свобода, інтерес.

В цивільному процесі право на звернення до суду за судовим захистом і вирішення справи судом, традиційно, розглядаються вченими у контексті нормативно закріплених понять: ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України (надалі-ЦПК) – «порушені, невизнані або оспорювані права, свободи чи інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, інтереси держави та згідно ст. 3 ЦПК – «порушені, невизнані або оспорювані права, свободи чи інтереси».

З великою долею ймовірності можна припустити, що ці поняття й повинні складати предмет або об'єкт судового захисту.

Але щодо сутності «предмету» або «об'єкту» судового захисту у науці цивільного процесу існують спірні точки зору вчених. Так, звертають увагу на предмет науки цивільного процесуального права не визначається його об'єкт [1]. Інші вчені визначаючи об'єкт правовідносин (цивільного процесу), не визначають сутність його предмету [2], М.К. Треушніков визначає предмет цивільного процесуального права, але не об'єкт цивільних процесуальних правовідносин [3, с. 10, 26, 93] і такий перелік можна значно продовжувати. Тобто виникає дискусійне питання щодо того, а чи потрібно взагалі диференціювати інформацію про

об'єкт і предмет правовідносин і що важливіше і вагомніше та коли необхідно визначати предмет, а коли об'єкт.

Так, М.И.Штефан зазначав: «Цивільні процесуальні правовідносини виникають у процесі правоохоронної діяльності суду, в зв'язку з чим їх об'єкт тісно пов'язаний з об'єктом матеріальних правовідносин, з приводу якого виникає цивільне судочинство, і це ускладнює його визначення. В теорії цивільного процесу ним називаються: дії суб'єктів правовідносин або тільки діяльність суду; матеріально-правові відносини, які захищаються судом; спір про право між учасниками матеріально-правових відносин, переданий на розгляд суду; передбачені законом наслідки процесуальних дій, які виступають як мета цивільного судочинства (загальний об'єкт), захист матеріальних прав і законних інтересів сторін й третіх осіб (спеціальний об'єкт), конкретна справа та ін. Висловлювалися також міркування, що процесуальні правовідносини взагалі не мають об'єкта» [2].

Хоча далі М.И.Штефан вказує на те, що об'єктом цивільних процесуальних правовідносин не виступають і матеріально-правові відносини, які захищаються судом, оскільки ними охоплюються тільки відносини позовного

провадження, які характеризують динаміку розвитку процесуальних правовідносин» [2].

У цьому зв'язку звернемо увагу на матеріально-правові відносини і їх регламентацію у законі. Так, в Цивільному кодексі України (далі-ЦК) 158 раз згадується термін «предмет» і як це не парадоксально, але Розділ III ЦК називається «Об'єкти цивільних прав», а щодо договору купівлі-продажу, то ст. 656 ЦК називається «Предмет договору купівлі-продажу», щодо договору дарування ст. 718 ЦК називається «Предмет договору дарування» тощо, хоча і в основі поняття «об'єкт» і «предмет» домінуючим терміном є речі, що не дозволяє визначити відмінності об'єкту від предмету.

Українські вчені визначають об'єкт правовідносин, а не його предмет, вказуючи, що питання про об'єкт має неоднакове значення в різних правовідносинах. У тих правовідносинах, де головним є юридичний обов'язок активного характеру (правовідносини активного типу), питання про об'єкт у багатьох випадках не має самостійного значення. ... об'єкти цивільних прав (правовідносин) можуть бути визначені як матеріальні та (або) нематеріальні блага, з приводу яких складаються правовідносини» [4, с. 78, 79].

Інші вчені дотримуючись такої ж концепції зазначають, що об'єкти цивільних правовідносин можна вважати тотожними об'єктам відповідних суб'єктивних цивільних прав, а тому у своєму соціальному вимірі вони постають як ті матеріальні або нематеріальні блага, володіння якими становить захищений законом інтерес уповноваженої особи» [5, с. 150].

Тому автори вважають, що намагання вчених універсалізувати поняття «об'єкт» цивільних правовідносин в одному терміні неможливі, про що свідчить наприклад, договір дарування (пожертви). У цьому контексті виникає запитання яке матеріальне або нематеріальне благо намагається отримати дарувальник посвідчуючи даний договір, можливо, задоволення від того, що він подарував і цим можна пишатися? Але ж доволі багато випадків, коли дарувальники не афішують своїх дарунків, а жертвувачі навіть коштовних жертвувачів залишаються «інкогніто». Тому розцінювати дарунки або пожертви лише з метою отримання матеріальних або нематеріальних благ не доводиться, оскільки існують й інші почуття, які рухають власників до певних дій, зокрема, співчуття, просте бажання безумовно і безоплатно допомогти іншій особі, яка опинилася в скрутному матеріальному становищі тощо.

Якщо в цивільному праві передбачається можливість відмовитися від дарунку (ст. 722 ЦК), то це свідчення того, що обдарований так само може діяти не стереотипно, відмовляючись від прийняття дарунка і не отримуючи певного блага, всупереч своїм «захищеним законом інтересам».

Але головне у цьому дослідженні, на думку авторів, є те, що слід розділяти інтереси суб'єктів цивільних процесуальних відносин, оскільки вони не завжди співпадають. Так,

у разі купівлі картини Шишкіна або Айвазовського за 1000 гривень покупець може сподіватися на те, що отримана ним вигода буде дуже високою, але ж і програш продавця в цій ситуації зависокий. До чого такі відносини можуть дійти, важко передбачити, але з позицій цивільного процесу можна прогнозувати, що буде звернення продавця, права якого порушені, до суду за визнанням договору купівлі-продажу недійсним внаслідок помилки, знаходження у скрутному матеріальному становищі або в стані, коли особа не здатна була розуміти значення своїх дій тощо.

Головним фактором на який доцільно звернути увагу, що вигоду отримала лише одна особа, а інша втратила її. Тому в даній ситуації не можна говорити про універсальний об'єкт для обох суб'єктів, якими є продавець та покупець, а вигода має розраховуватися шляхом визначення об'єктивної ціни і різниці з нею того, що отримав покупець та продавець.

Автори усвідомлюють можливість опонентів зауважити, що поняття «об'єктивна ціна» цілком віртуальне. У той же час, ми можемо говорити про істотне наближення до об'єктивної ціни за допомогою декількох подібних понять, зокрема, ринкова ціна, яка визначається порівнянням з товарами подібної якості в домінуючих на ринку офертах. Більш предметну ціну товару або послуг можуть надати кваліфіковані експерти, оцінщики та інші фахівці, які здійснюють торгівлю певними речами, оскільки загальновідомо, що запропонована ціна продажу певної речі може бути знижена при реальній пропозиції покупця трохи нижчої ціни тощо.

Тому об'єкт цивільно-правових відносин необхідно пов'язувати з одночасним аналізом тих матеріальних благ, які отримали всі суб'єкти матеріальних правовідносин, і тим фактором, чи задоволені їх інтереси після вступу в такі відносини. Автори вважають, що у разі наявності неістотної різниці між очікуваним результатом і фактичним, переважна більшість осіб не звернеться до суду, хоча можливі винятки, коли до матеріальної різниці буде додано моральні фактори, наприклад, коли при вимозі звільнити продане приміщення колишній власник не тільки не виконає умов договору за строками, а й проявить не толерантне відношення до нового власника тощо.

Для того, щоб узгодити понятійний апарат, можна назвати матеріальне благо однієї із сторін правовідносин або групи осіб, які виступають на боці цієї сторони в таких правовідносинах, **предметом** цивільно-правових відносин.

Цілком зрозуміле передбачуване зауваження вчених цивілістів про те, що дані питання не можуть бути предметом дослідження вчених-процесуалістів, оскільки кваліфікація предмету в цивільному праві – це справа цивілістів. Але недосконалість понятійного апарату матеріальних галузей права напряду позначається на процесуальних науках, оскільки не вистачає конкретних понять,

пов'язаних з матеріальними вимогами однієї із сторін правовідносин, на які в наступному мають «надбудовуватися» процесуальні правовідносини. Тобто необхідно кваліфікувати «порушені, невизнані або оспорювані права, свободи чи інтереси» як певне юридичне поняття для того, щоб у наступному говорити про надбудову процесуальних відносин.

Так, зі ст. 3 ЦПК випливає, що суд має захищати «порушені, невизнані або оспорювані права, свободи чи інтереси», але дані поняття так само потребують універсалізації в цивільному процесі. Однак, їх не можна так само назвати об'єктом цивільних процесуальних правовідносин через те, що вони представляють собою правову позицію лише позивача, а у відповідача з цього приводу своя позиція, яка так само має досліджуватися і складати певний предмет аналізу.

Автори вважають, що для об'єктивного сприйняття судом правової ситуації потребується під об'єктом цивільних правовідносин розуміти всі взаємні вимоги (претензії) суб'єктів матеріального права, а також отриману вигоду, на які накладаються й процесуальні інтереси тощо.

Припустимо, виник спір за договором лізингу (ст. 806 ЦК), в який вступили лізингодавець та лізингоодержувач, але питання стосується якості товару початальника. Хто і яку роль в цьому спорі займе, важко наперед встановити, але відповідь на це питання лежить в площині тієї вигоди, яку хтось із суб'єктів не отримав або недоотримав. Тому в спорі братимуть участь три суб'єкта, а процесуальні статуси мають два – позивач та відповідач. Отже, один із суб'єктів виконуватиме роль третьої особи. Таким чином, той матеріальний інтерес, який виникає в матеріальному праві, «диктуватиме» суб'єкту цих відносин доцільність отримання того чи іншого процесуального статусу, зокрема, шляхом звернення з позовом або із зустрічним позовом чи з позовом третьої особи з самостійними вимогами щодо предмету спору, а можливо й залучення до участі в спорі особи як третьої особи без самостійних вимог щодо предмета спору тощо.

Отже, в реальній справі можливе пред'явлення трьох відносно самостійних позовів, що фактично робить замкнене коло з позивачів, відповідачів та третіх осіб. Тому для об'єктивного сприйняття такої правової ситуації необхідно порівняти взаємні вимоги суб'єктів і визначити об'єкт спірних матеріальних правовідносин і таким чином загальні межі повноважень суду в даній справі.

Оскільки за загальноприйнятим розумінням поняття «об'єкт» визнається ширшим, ніж поняття «предмет», то раціонально закріпити за поняттям «предмет цивільних процесуальних правовідносин» такий зміст – це вимоги одного із суб'єктів цивільного судочинства в конкретній справі, які будуть персоналізовані щодо кожної особи, яка бере участь в справі. При застосуванні такого поняття ми здатні будемо розглядати як найпростішу справу,

у якій вимоги надходять лише з боку позивача, так і найскладнішу, про яку мова йшла раніше і де мають місце одночасно три позови: первісний, зустрічний позов та позов третьої особи з самостійними вимогами щодо предмету спору.

Тоді предмет правовідносин для позивача складатиметься із захисту його прав і, відповідно, так само можна визначити предмет цивільних процесуальних прав кожного із суб'єктів, які беруть активну участь в розгляді справи. Узагальнюючи вимоги всіх суб'єктів ми отримаємо об'єкт цивільних процесуальних правовідносин.

Для того, щоб підтвердити необхідність введення такого широкого поняття мусимо проаналізувати сучасні концепції вчених щодо застосування законодавчо визначених понять: «порушені, невизнані або оспорювані права, свободи чи інтереси».

Так, окремі науковці не зважаючи на попередні дослідження [6], визначають сутність категорії «інтереси», місця інтересів у цивільно-правовому регулюванні та особливостей їх цивільно-правового захисту. ... Описують алгоритм трансформації фактичних інтересів у законні та охоронювані законом інтереси який зводиться до: фактичні інтереси проходять стадію перевірки на відповідність закону, в результаті якої відсіюються незаконні інтереси. Залишаються законні інтереси, яким для реалізації надається інструмент у вигляді суб'єктивних цивільних прав. Ті законні інтереси, котрі в силу економічних, якісних та кількісних причин залишилися не опосередкованими правовими нормами, ми пропонуємо іменувати охоронюваними законом інтересами. Даними авторами також обґрунтовано доцільність використання в цивільно-правових актах єдиного поняття «охоронювані законом інтереси» як однопорядкового із суб'єктивним цивільним правом, але не тотожного йому;» [7].

Але дана гіпотеза наштовхується на цілий ряд запитань: де «фактичні інтереси проходять стадію перевірки на відповідність закону» і у який проміжок часу з'являються «охоронювані законом інтереси»? Це важливе питання зобов'язує встановити, на якій стадії виявляються законні інтереси, оскільки в цивільному праві така перевірка не здійснюється через те, що кожна сторона вправі наполягати на власному сприйнятті законності інтересів.

Якщо ж в суді виявляються законні інтереси і відмежовуються незаконні, то сторони лише в рішенні побачать, де їх суб'єктивні права, охоронювані законом інтереси тощо.

Щодо іншого висновку О.І.Чепис, яким визначено структуру охоронюваного законом інтересу, яка включає два елементи: а) фактичну можливість (простий юридичний дозвіл) користуватися конкретним соціальним благом у рамках загальних дозволів та б) юридичну можливість звернутися за захистом у випадку деформації фактичної можливості;» [8].

Тобто виходить, що відмежування законних інтересів від незаконних здійснюється невідомо де і ким, але захищатиметься охо-

ронюваний законом інтерес, який і так за відповідною кваліфікацією вже має відноситися до законних інтересів. Отже, запропоновані висновки неприйнятні з позицій сучасного розуміння ні матеріальної термінології, ні процесуальності.

Автори вважають, що такі сміливі висновки виникають через брак однозначно прийнятої термінології і її недостатність, а також через неврахування результатів попередніх досліджень і нехтування позитивними здобутками, що вже отримані вченими.

Проаналізуємо, як змінилося сучасне сприйняття термінології на прикладі роботи вченого О.Н. Кожухаря. Так, даними авторами було досліджено питання про об'єкти судового захисту в цивільному судочинстві, якими виступають суб'єктивне матеріальне право, інтерес, що охороняється законом, правоздатність і дієздатність і соціалістичний правопорядок. Особлива увага приділена питанню судового захисту інтересу, що охороняється законом, який носить дискусійний характер в теорії радянського цивільного процесуального права і має велике значення для практики. На матеріалі судової практики сформульований висновок про те, що судовий захист інтересу, що охороняється законом, здійснюється не лише в окремому провадженні, як це прийнято вважати деякими авторами, але також в позовному, і провадженні у справах, що виникають з адміністративно-правових відносин. Спростовується позиція тих вчених, які зв'язують наявність в радянському законодавстві категорії інтересів, що охороняються законом, з прогалинами в праві;» [9].

Отже, О.Н. Кожухарь сприймав об'єкти судового захисту в цивільному судочинстві, на думку авторів, звужено, оскільки виходячи із концепції даних авторів невідомо як мають визначатися інші об'єкти, наприклад, вимоги у пред'явленому зустрічному позові тощо. Така тенденція спостерігається й в усьому змісті ЦПК, де традиційно йдеться про найпростішу ситуацію, коли в справі заявлено вимоги лише позивачем, а інші варіанти фактично не розглядаються.

Звернемо увагу й на те, що правоздатність і дієздатність сприймаються О.Н. Кожухарем як об'єкти судового захисту, з чим важко погодитися, оскільки останні мають перевірятися судом, як правило, до початку слухання справи по суті і на підставі документів, а крім того дієздатність фізичної особи повинна встановлюватися судом в окремому провадженні, але не в позовному тощо.

Авторам імпонує позиція Т.М. Підлубної, яка зазначає, що право на захист слід розглядати в об'єктивному та суб'єктивному значеннях. В об'єктивному значенні право на захист є гарантією забезпечення прав та інтересів особи, що реалізується лише у випадку порушення суб'єктивного права, визначає та фіксує ступінь свободи правомірної поведінки. Право на захист є одним із складових елементів будь-якого суб'єктивного права. Даними авторами запропоновано визначення способів

захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, як правових прийомів, що передбачені договором, законом або звичаєм ділового обороту, за допомогою яких заінтересована особа, право якої порушено, невизнано чи оспорено, має змогу припинити його порушення, здійснити його відновлення і в такий спосіб реалізувати надане їй суб'єктивне цивільне право на захист» [7].

Тобто вчений Підлубна Т.М. право на захист не ототожнює з однозначним рішенням суду, а пропонує визначити способи захисту тощо. Таким чином, особа, права якої порушено, має підтвердити наявність в неї відповідного порушеного, оспореного права тощо.

Слід проаналізувати визначені у законодавстві поняття «порушені, невизнані або оспорювані права, свободи чи інтереси» в їх співвідношенні та змісті.

Так, російські вчені вказують, що спір про право є необхідною передумовою участі сторін в цивільному судочинстві. У разі виявлення його відсутності в ході розгляду справи по суті суду необхідно припинити провадження у справі. У зв'язку з цим авторами обґрунтовується необхідність внесення доповнень в статтю 220 ГПК РФ, що регулює припинення провадження у справі. Суб'єктивне цивільне процесуальне право, закріплене в нормах цивільного процесуального законодавства, спосіб певної можливої поведінки уповноваженого учасника цивільного судочинства, забезпечений процесуальними обов'язками інших осіб» [10], тобто в цивільному судочинстві можливий розгляд спору. Вчені також вказують на інші підстави звернення до суду. В якості основної категорії, що визначає правову природу захисту відповідача, слід розглядати конфлікт. Конфлікт може виникати у будь-якій зі сфер суспільства, у тому числі – в правовій, що не впливає на можливість і необхідність захисту, проте, визначає її специфіку» [11].

Автори вважають, що наведені вченими два поняття «спір» та «конфлікт» цілком вкладаються в законодавчо визначені терміни, тобто наявність спору доцільно кваліфікувати як оспорене право, а конфліктне – як порушене. Хоча автори вважають більш обґрунтованим застосування поняття «правопорушення» через те, що конфлікт складне поняття і може завести процесуалістів в конфліктологію, а не в дослідження способів врегулювання спорів та ліквідації правопорушень судом, хоча й такий напрямок на межі двох дисциплін не буде зайвим для сучасного цивільного процесу.

Щодо виділення в ЦПК таких об'єктів як порушене та оспорюване права, то воно співпадає з концепціями вчених, але як самостійний об'єкт залишаються «невизнані права, свободи чи інтереси».

Оскільки в ЦПК застосовано сполучник «чи», то можна з великою долею ймовірності припустити, що невизнане право близьке за значенням до оспорюваного і відрізняється лише тим, що невизнане право не повинно бути самостійним предметом захисту судом

через те, що ніхто не зобов'язаний визнавати чуже право таким, що воно існує до тих пір, доки воно не встановлено законом, договором або судовим рішенням, тобто в особи повинні бути підстави і відповідні документи для його підтвердження. Тому різницю між цими видами підстав для звернення до суду можна вважати дискусійною і пропонуємо своє сприйняття такого права.

Автори вважають, що невизнане право слід пов'язувати з тими випадками, коли особа не здатна належно підтвердити наявність в неї відповідного права і для цього мусить звернутися до суду. При цьому, оспорюване право можна вважати таким, коли внаслідок активних дій контрагента порушуються права особи під різними приводами в силу спірності взаємних претензій.

Щодо поняття «свобода», то слід проаналізувати думку вченого, який зазначав, що у проекті Цивільного процесуального кодексу поняття «охоронюваний законом інтерес» було замінене на поняття «свобода» (ч. 1 ст. 4 проекту). Загальноприйняте розуміння слова «свобода» настільки широке, що позбавить можливість правильно розуміти його як юридичний термін, що характеризує предмет судового захисту в справах окремого провадження. Тому, це в майбутньому також призведе до неубезпечності визначення свободи в якості юридичного терміну. (Наприклад, «охоронювана законом свобода».) Незважаючи на те, як буде називатись предмет захисту в порядку окремого провадження він має бути теоретично визначений. До того часу, поки не має наукового визначення того чи іншого терміна, нема й чіткого розуміння його сутності, відсутній критерій розрізнення одних предметів від інших» [12, с. 24]. До наведеного можна додати, якщо не існує спеціального поняття, то його неможливо й захищати.

Отже, наведена концепція вважається справедливою, оскільки кожна особа відповідно до вимог законодавства діятиме вільно до тих пір, доки вона не зіштовхнеться з правопорушенням або оспорюванням її прав. Розглянемо цю гіпотезу на наступному прикладі, коли особа має право на свободу пересування по всій території України, але не порушуючи прав інших осіб, зокрема, право власності на землю. Коли ж особа бажає пройти навколо моря або річки, маючи право на вільне пересування та гарантії законодавства про вільний доступ до водних ресурсів, то паркани, що перешкоджають такому пересуванню вже будуть перешкоджати вільному пересуванню, але це внаслідок того, що не були дотримані умови щодо рекреаційної зони.

Отже, навіть отримані формально права на прибережну зону можуть бути оспорені в суді або невизнані особою, яка може перелізти через паркан і продовжити свій рух. Але ми не говоримо в даних випадках про обмеження свободи як такої, а будемо вирішувати чиє право має домінувати в такій і подібних ситуаціях.

Хоча автори погоджуються загалом з тим, що поняття «свобода» як самостійний предмет

захисту неконкретне, але наявність поняття «свобода» у статтях 1 та 3 ЦПК сприймає як позитивне явище, оскільки воно не зменшує, а розширює підстави звернення особи до суду, хоча воно є не чітко визначеним. Наприклад, в ст. 3 ЦК двічі зустрічається термін «свобода» зокрема, свобода договору та свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом. Як можна захищати самостійно свободу договору і у правовідносинах з ким? Якщо інша сторона не погоджується з умовами договору, то контрагент може скільки завгодно говорити про свободу договору, але така угода не буде укладена. У разі відмови нотаріуса посвідчити відповідний договір з умовами свободи договору, які не суперечать вимогам законодавства, то буде захищатися не свобода договору, а оскаржуватимуться неправомірні дії нотаріуса і буде вирішуватися спір навколо законності умов договору тощо. Тобто окремо і самостійно свобода договору не захищатиметься, як і свобода підприємницької діяльності до тих пір, доки вона не наштовхнеться на необґрунтовані законодавством обмеження або заборони.

Щодо співвідношення категорій «право» та «інтерес» вчені зазначають, що захист суб'єктивних прав є також захистом інтересів, оскільки саме суб'єктивне право передбачає наявність у його володаря інтересу» [13].

Виходячи із аналізу думки даних авторів можна зробити висновок про безпосередній зв'язок між правом та інтересом, а у ЦПК передбачається здійснювати захист «інтересу» як самостійного об'єкту. З цього приводу М.А. Гурвич підкреслював, що суб'єктивному праву притаманний інтерес, тобто відома вигода, яка досягається шляхом здійснення права. Але зустрічаються інтереси, які знаходяться поза змістом суб'єктивних (матеріальних) прав заінтересованих осіб; останнім не надано право вимагати від будь-кого певної поведінки з можливістю використання санкції, а також самому виконувати дії, які задовольняють цей інтерес. Так само не збігаються поняття захисту суб'єктивного права і захисту охоронюваного законом інтересу [14]. І з останньою тезою варто погодитися.

До внесення змін до ЦПК вчені і у законодавстві застосовувався термін не просто «інтерес», а «охоронюваний законом інтерес» або «інтерес, що охороняється законом». Таке уточнення даного терміну вважалося кардинальним, оскільки даний термін позначав підставу звернення до суду в справах окремого провадження.

З цього приводу існує уточнення, що з точки зору цивільного процесу – охоронюваний законом інтерес – це самостійний предмет захисту у справах окремого провадження, який є складовою частиною права та має місце у даному виді провадження через відсутність у справі сторін з протилежними юридичними інтересами. Отже, метою встановлення юридичних фактів в окремому провадженні є визначення (уточнення) правового положення особи чи майна шляхом встановлення

певних обставин, які матимуть правовстановлюючу властивість. Отже, не можна погодитись із думкою В.Д. Кайгородова, що окреме провадження має правовстановлюючий характер [15]. Прямим правовстановлюючим характером окреме провадження не володіє, про це є можливість говорити лише у опосередкованому значенні» [12, с. 24–25].

В даному випадку можна говорити про те, що раціонально закріпити поняття «охоронюваний законом інтерес», але для громадян більш широкий термін «інтерес», ніж конкретний «охоронюваний законом інтерес» є більш позитивним явищем, оскільки розширює право на захист. Тому автори вважають, що не існує потреби в звуженні і «зайвій» конкретизації цього поняття. Хоча на практиці і виникатимуть проблеми з його застосуванням разом з поняттям «свобода», але їх деталізація призведе до того, що у суддів з'явиться додатковий шанс не приймати заяв і позовних заяв, в яких не чітко відмежовані дані терміни.

Для удосконалення понятійного апарату цивільного процесу і однозначного його сприйняття розглянемо й термін «спір про право», який має застосування в ч. 6 ст. 235 ЦПК. Так, у нормі передбачено, що якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах.

Наявність спору про право є характерною ознакою позовного провадження, але вчені-процесуалісти крім того під «спором про право» розуміють «певний стан суб'єктивного права», і стверджують, що спір є «суть суперечності, конфлікт, протиборство сторін», спір поділяється на матеріальний і процесуальний [16].

У зв'язку з цим потрібно брати до уваги такі важливі обставини як: стан права особи і залежність його реалізації від інших осіб.

Так, у разі очевидності факту правопорушення саме право особи не викликати сумніву, але потребуватиметься встановити обов'язки правопорушника, у зв'язку з цим виникатиме спір про обов'язки особи – відповідача. Коли ж право особи у невизначеному стані, то його необхідно підтвердити, оскільки його визнавати неможливо, а потрібно встановлювати, тоді й виникатиме спір про право.

Можливим варіантом стану права особи може бути необхідність його офіційного доведення через встановлення певних юридичних фактів, що мають юридичне значення, які не є очевидними і не можуть бути встановлені в ніякому іншому порядку, крім як у судовому. Саме такі юридичні обставини встановлюються судом в порядку окремого провадження, коли відповідача в справі неможливо визначити і він таким не може бути в силу об'єктивних причин. В таких справах неможливо говорити про наявність спору про право, оскільки він недопустимий. Наприклад, коли розглядається справа про встановлення

факту родинних стосунків між фізичними особами з метою отримання спадщини і в справі не має відомостей про жодного іншого спадкоємця, то хто ж має бути відповідачем в справі? Під час розгляду справи може виявитися, що з'явився один із спадкоємців, тоді виникатиме питання про те, а чи породжуватиме встановлення даного факту юридичні наслідки, тобто потрібно встановити ступінь родинних зв'язків першого і другого спадкоємця. Якщо встановлюваний факт стосується ближчого рівня родинних зв'язків, ніж в іншого спадкоємця, то такий факт може встановлюватися судом в порядку окремого провадження, якщо ж ні, то в позовному.

У разі ж прийняття спадщини першим спадкоємцем, питання стоятиме про фактичне відчуження в нього частини спадщини, ось тут виникатиме очевидний спір про право і така справа має розглядатися судом в порядку позовного провадження.

Тому автори вважають, що для наявності спору про право має існувати дві сторони, які не просто заперечують наявність права в іншої особи, але вони мають також володіти правами або встановлюване право породжуватиме для них певні обов'язки.

Тому очевидно, що для виявлення наявності спору про право недостатньо, щоб хтось просто спорив про права іншої особи, а такий спір повинен мати місце між правоздатними і дієздатними особами, які мають пряму заінтересованість в результатах розгляду справи та наявність протилежних інтересів в результаті розгляду справи.

Отже, проведений аналіз об'єктів захисту в порядку цивільного судочинства довів недостатність термінів для позначення позицій сторін в справі, дякую некоректності застосованої в законодавстві термінології, а також доцільність запровадження в теорію цивільного процесу таких понять як об'єкт і предмет захисту з конкретним змістом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ярков В.В. Гражданский процесс // <http://uristinfo.net/grazhdanskij-protsess/183-grazhdanskij-protsess-vv-jarkov/4351-predmet-i-sistema-nauki-grazhdanskogo-protsessualnogo-prava.html/>.
2. Штефан М. Й. Цивільний процес – <http://vuzlib.org/beta3/html/1/12661/>
3. Гражданский процесс : учеб. для вузов / Под ред. М. К. Треушникова д.ю.н., проф., засл. деятеля науки РФ. -2-е изд., перераб. и доп. – М.: Городец, 2007. – 783 с.
4. Харитонов Є.О., Харитонова О.І. Цивільні правовідносини: Навчальний посібник. – К.: Істина, 2008. – 304 с.
5. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / За ред. О.В.Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А.Майданика. – 3 – те видання, перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
6. Пушкар Е.Г. Конституционное право на судебную защиту. –Львов. –1982. – 163 с.
7. Підлубна Т. М.Право на захист цивільних прав та інтересів. Автореф. кандидата юридичних

- наук. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. НАН УКРАЇНИ. ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА імені В.М. КОРЕЦЬКОГО. К. – 2009. – 22 с.
8. Чепис О.І. Інтереси в цивільному праві: сутність, місце та особливості захисту: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.І. Чепис ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010. – 16 с. http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullweb&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=U=&S21COLORTERMS=0&S21STR=%D0%A5839%284%D0%A3%D0%9A%D0%A0%2906%24.
 9. Кожухарь А. Н. Проблемы теории и практики права на судебную защиту в исковом производстве Автореф. доктор юридических наук 12.00.03 Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право. Кишинев. 1990. // <http://www.dissercat.com/content/problemy-teorii-i-praktiki-prava-na-sudebnuyu-zashchitu-v-iskovom-proizvodstve#ixzz2qgwBeygV>.
 10. Балашов А.Н. Процессуальные права и обязанности сторон при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции Автореф. кандидат юридических наук. 12.00.15 Гражданский процесс; арбитражный процесс Саратов 2005 // <http://www.dissercat.com/content/protsessualnye-prava-i-obyazannosti-storon-pri-rassmotrenii-grazhdanskikh-del-v-sude-pervoi-ixzz2qh6tj6Ez>.
 11. Трашкова Н. М. Защита ответчика в гражданском процессе Автореф. кандидат юридических наук 12.00.15 Гражданский процесс; арбитражный процесс Москва 2009. <http://www.dissercat.com/content/zashchita-otvetchika-v-grazhdanskom-protsessse#ixzz2qh3AY6bV>.
 12. Фурса С.Я. Окреме провадження у цивільному процесі України. Навчальний посібник. – К.: Поліграфічний центр Київського університету ім. Тараса Шевченка. – 1999. – 309 с.
 13. Колобов В.Ю. О механизме защиты охраняемых законом интересов в гражданском судопроизводстве // Вопросы развития теории гражданского процессуального права. – М. – 1981. С. 36-38.
 14. Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия. // Вопросы гражданского процессуального, гражданского и трудового права. – М. – 1965. – т. 3. – С. 81–86.
 15. Кайгородов В.Д. Процессуальные особенности судебного рассмотрения дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение. – Свердловск. – 1987. – С. 4.
 16. Елисейкин П.Ф. Процессуальное понятие спора о праве и его критика // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль. – 1981. – С. 3–24; Викут М.А. Спор о праве в гражданском как основа искового производства. – Калинин. – 1980. – С. 63–68; Бутнев В.В. Спор о праве – организационно-охранительное правоотношение // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль. – 1981. – С. 43–50.

Фурса Светлана Ярославовна, Фурса Евгений Иванович ОБЪЕКТЫ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

В данной статье проведен сравнительный анализ и раскрыта сущность понятий «нарушенное, оспариваемое, непризнанное право, свобода или интерес». Акцент сделан на понятиях «объект» и «предмет» судебной защиты и их соотношение с такими же понятиями, которые имеют применение в нормах материального права. Внесен ряд предложений по совершенствованию норм Гражданского кодекса Украины, Гражданского процессуального кодекса Украины.

Ключевые слова: судебная защита, гражданский процесс, объект, предмет, поднятый, оспариваемое, непризнанное право, свобода, интерес.

Fursa Svitlana, Fursa Yevgen OBJECTS JUDICIAL PROTECTION IN CIVIL PROCEEDINGS

This article comparative analysis and essence of concepts “violated contested, unrecognized rights, freedoms or interest.” The focus was on terms of “object” and “subject” of judicial protection and their relationship with the same concepts that are used in the substantive law. Made a number of proposals to improve the rules of the Civil Code of Ukraine, Civil Procedural Code of Ukraine

Keywords: judicial protection, civil process, object, object, broken, the disputed, unrecognized rights, freedoms interest

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Іванець Іван Петрович,

здобувач кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИКОНАННЯ ТА КОНТРОЛЮ ЗА ВИКОНАННЯМ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті аналізуються правові проблеми виконання та контролю за виконанням рішень Європейського суду з прав людини в Україні та здійснено огляд законодавства, проаналізовано досвід європейських держав, а також міжнародних зобов'язань України, які зможуть вплинути на вирішення цієї проблеми.

Ключові слова: виконання рішення, контроль за виконанням, судова система, суд, джерело права, практика Європейського суду з прав людини, застосування практики Європейського суду з прав людини.

Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд) став чи не єдиною можливістю на сьогоднішній день відновити порушені права державою, у той час коли внутрішні державні механізми цього забезпечити не можуть. Стаття 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Європейська конвенція або Конвенція) [2] та стаття 55 Конституції України [1] дають право подавати, у тому числі, громадянам України заяви до Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд).

Станом на 30 листопада 2014 року на розгляді в Європейському суді з прав людини перебувало загалом 71600 справ проти держав-сторін Європейської конвенції (станом на 31 грудня 2013 року – 102 750). З них 13 600 справ проти України, що складає 13,3% від загальної кількості справ [17].

Для з'ясування причин вказаної вище статистики все це зумовлює необхідність проведення, з урахуванням досвіду європейських держав, дослідження проблем виконання та контролю за виконанням рішень Європейського суду, що і буде відображено в нашій статті.

Виконання рішень Європейського суду є унікальним правовим інститутом, відмінним від процедур, передбачених для виконання рішень національних судів, а також для визнання й виконання на території України рішень іноземних судів та іноземних недержавних установ.

Порівнюючи рішення Європейського Суду з прав людини з рішеннями іноземних судів Євтушенко О.І. у своїй роботі зазначає, що вони не можуть перевірятись. Хоча, далі Євтушенко О.І. вказує, що деякі українські юристи вважають, що рішення Європейського Суду можуть перевірятись на їх відповідність не тільки міжнародним угодам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України, а й на їх відповідність Конституції України. Це положення впливає зі ст. 8 Конституції [1], оскільки найвищою юридичною силою в Україні володіє саме Конституція, а не рішення міжнародних судів [24, с.8].

Отже, виконання рішення Європейського суду є прямим зобов'язанням України за Європейською конвенцією, що не потребує визнання, а особливості виконання цих рішень встановлено положеннями самої Європейської конвенції та згідно п. 9 ч. 2 ст. 17 Закону «Про виконавче провадження» підлягають виконанню рішення Європейського Суду з прав людини з урахуванням особливостей, передбачених Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV [24, с.17].

Тому далі ми зупинимось на деяких особливостях виконання рішень Європейського суду згідно положень Європейської Конвенції та Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

Виконання судового рішення починається з моменту прийняття Європейським судом так званого «остаточного» судового рішення, що передбачено ст. 44 Конвенції. Набуття рішенням статусу остаточного має суттєве юридичне значення, оскільки є юридичним фактом, який породжує для України обов'язки по виконанню судового рішення. У відповідності до статті 46 Конвенції, Договірні сторони Конвенції зобов'язуються дотримуватись остаточних рішень Суду стосовно спорів, у яких вони брали участь [2].

З огляду на ефективність захисту прав і свобод людини в кожній судовій справі під час виконання рішення Європейського суду на державу-відповідача можуть бути покладені різні зобов'язання.

По-перше, це обов'язок держави-відповідача сплатити заявникові справедливую сатисфакцію, призначену відповідно до ст. 41 Конвенції. Суд, який визнає факт порушення, передбачає у своєму судовому рішенні справедливую сатисфакцію особі, яка стала жертвою такого порушення [15, с.272].

Слід мати на увазі, що розуміння справедливої сатисфакції багато в чому залежить від постійної практики Європейського суду та переконання суддів щодо розміру, обсягів і способів такої сатисфакції. Серед найбільш резонансних справ Європейського суду є «Нафтова компанія ЮКОС проти Росії» [23]. Європейський суд присудив колишнім акціонерам «ЮКОСа» 1,87 млрд.євро. за порушення права на повагу власності, допущені відносно компанії. В Україні, наприклад, на виконання рішень Європейського суду з державного бюджету в 2014 році було сплачено 169 817,7 тис. грн. [17].

Посилання на те, що для реалізації права на сплату відшкодування до державної виконавчої служби згідно ст. 7 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі – Закон) [5] надходить від Урядового уповноваженого оригінальний текст і переклад резолютивної частини Рішення, вважається, на нашу думку, нераціональним через те, що автентичний переклад рішення, засвідчений печаткою Урядового уповноваженого має розцінюватися за аналогією як виконавчий лист суду [16, с.11].

По-друге, зобов'язання держави, що порушила Конвенцію, може полягати в обов'язку вжити індивідуальних заходів на користь заявника з метою припинення протиправної дії або виправлення наслідків протиправного акту (*restitutio in integrum*) [8, с.195].

Однією з форм такого заходу індивідуального характеру може бути відновлення внутрішньої процедури, яка може дозволити переглянути остаточне рішення внутрішніх інстанцій, визнане Судом таким, що протирічить Конвенції, а отже виправити наслідки порушення прав заявника (справа «Відкриті Двері», Резолюція (96) 368) [10, с.80].

Важливим є те, що враховуючи відсутність в деяких державах законодавчих механізмів стосовно відновлення судової процедури, Комітет Міністрів розробив навіть спеціальну Рекомендацію № R(2000) [7]. Залежно від обставин справи, виконання рішення в частині життя на користь заявника заходів індивідуального характеру може здійснюватись шляхом відновлення провадження, знищення інформації, отриманої з порушення права на приватність, погашення судимості, скасування рішення про депортацію, прийнятого без урахування ризику нелюдського поведіння у країні призначення, чи запровадження законодавства, яке не існувало раніше і яке надавало б право доступу до Суду [11, с.46-47].

Згідно ч. 3 ст. 10 Закону відновлення попереднього юридичного стану можливе шляхом: а) повторного розгляду справи судом, вклю-

чаючи відновлення провадження у справі; б) повторного розгляду справи адміністративним органом. Але, це суперечить положенням ЦПК, зокрема згідно ст. 355 ЦПК [3] визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, є підставою для перегляду рішення. У розділі IX ЦПК [3] нічого не говориться про підстави відновлення провадження у справі, тому заява про відновлення провадження у справі, разом з Рішенням Суду, – вже достатня підстава для відновлення провадження у справі. Крім того, відновлення попереднього юридичного стану адміністративними органами, може бути загрозливим з позиції порушення рівності між виконавчою та судовою гілками влади та належного захисту прав людини [12, с. 792].

Незважаючи на те, що згідно статті 17 Закону Конвенція та практика Суду є джерелом права в Україні, досить незначною є кількість справ щодо перегляду рішень національними судами внаслідок рішень Європейського суду, зокрема це стосується права на справедливий суд, що закріплені статтею 6 Конвенції [2]. Перегляд можливий відповідно до положень двох кодексів: ст.355 (2) Цивільного процесуального кодексу [3] та статті 111 (16) Господарського процесуального кодексу [4], відповідно до положень яких підставою для подання заяви про перегляд судових рішень є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом [9].

Отже, для порушення і відновлення провадження має подаватися відповідна скарга або заява. Але потрібно враховувати, що відновлення провадження за ініціативою суду згідно ст. 403 ЦПК на практиці досить малоімовірно, якщо особи не братимуть участь у розгляді справи, а це може порушити принцип змагальності [12, с.792].

По-третє, судові рішення може містити зобов'язання держави-відповідача вжити заходів з метою запобігання виникненню подібних порушень у майбутньому. Умовним терміном, що узагальнює такі заходи, є заходи загального характеру, які не є персоналізованими щодо конкретного заявника, а стосуються ситуації в цілому. Досить непростим завданням для держави є їх впровадження [10, с.80-81].

У такому випадку саме від судів кожної держави-учасниці залежатиме належний захист прав людини, закріплених Конвенцією. Тому варто буде зупинитися на дослідженні досвіду європейських держав у цьому аспекті.

Досвід Словаччини. У справі *Kadubec v. Slovakia* [22] заявник скаржився на відсутність закріпленої в Кодексі про адміністративне судочинство Словаччини можливості оскарження адміністративного штрафу у розмірі до 2 тис. крон, що, в свою чергу, позбавляло права на справедливий суд (стаття 6 Конвенції). У цьому випадку, з метою виправлення

існуючої ситуації, Конституційний суд Словаччини визнав порушення прав людини, зокрема права на справедливе судочинство згідно статті 6 Європейської конвенції. В результаті, визнано пряму дію рішень Європейського суду, а положення Кодексу про адміністративне судочинство таким, що не відповідало ні Конвенції, ні Конституції Словаччини, потребувало внесення змін [9].

Досвід Іспанії. У своєму рішенні *Castels v. Spain* [21] Європейський суд розглядав справу щодо порушення прав на свободу волевиявлення та доступу до інформації, закріплених статтею 10 Конвенції. У рішенні Конституційного суду Іспанії було закріплено, що прецедентна практика Європейського суду має розглядатися як в якості засобу тлумачення прав та свобод людини, закріплених Конституцією Іспанії, так і такою, що має пряму дію [9].

Досвід Швеції. Доволі цікавим для України є шведський досвід. Внаслідок чіткого розмежування між приватним та адміністративним правом в правовій системі Швеції є доволі вузьке розуміння терміну «цивільні права та обов'язки». Тому багато адміністративних процедур, на думку шведів, не підпадали під дію статті 6 Конвенції про захист прав людини. Низка справ, які Швеція програла, спонукали парламент країни переглянути цю ситуацію [13].

Досвід Фінляндії. У Фінляндії, і досі йде багато дебатів в теоретичній площині про статус Конвенції, але в плані застосування судді призвичаїлися до Європейської конвенції.

В зв'язку з великим масивом прецедентного права (скажімо, в 2014 році було близько 800 остаточних рішень і понад 1000 рішень щодо прийнятності), урядом Фінляндії були виділені кошти на переклад рішень, створено спеціальну комп'ютерну базу даних і переклад останніх рішень у ній з'являється приблизно у тижневий термін [13].

В Україні є проблеми перекладу та публікації рішень Суду, а саме не забезпечується, на жаль, положення статті 6 Закону про опублікування таких рішень у спеціально створеному видавництві, а здійснюється через існуючі у вигляді видань «Урядовий кур'єр» і «Голос України». Також посилання на те, що згідно ст.7 Закону до державної виконавчої служби надходить від Урядового уповноваженого оригінальний текст і переклад резолютивної частини рішення Європейського суду, є неправильним, адже переклад тут має розцінюватися за аналогією як виконавчий лист суду та це не в повній мірі дозволяє ознайомитися зі змістом рішення Європейського суду [12, с.786].

Однією із причин вищезазначених проблем є недостатньо ефективний інституційний механізм виконання та контролю за виконанням рішення Європейського суду в Україні. Первинність обов'язку національних органів держави в забезпеченні додержання Конвенції та виконання рішень Суду впливає також із субсидіарного характеру юрисдикції Європейського суду з прав людини. Європейський

суд розглядає заяви про порушення Конвенції лише після вичерпання всіх доступних національних засобів юридичного захисту (пункт 1 статті 35 Конвенції) [2]. На це вказує і сам Європейський суд з прав людини в одному із своїх рішень у справі «Луценка проти Словенії» [20]. Про це наголошується також в Інтерлакенській Декларації від лютого 2010 року, у преамбулі якої вказується на «субсидіарний характер наглядового механізму, запровадженого Конвенцією, і особливо засадничу роль, яку повинні відігравати національні органи влади, тобто уряди, суди та парламенти, у гарантуванні та захисті прав людини на національному рівні» [19].

Важливість запровадження процедур для здійснення ефективного контролю за виконанням рішень Суду та приведенням національного законодавства у відповідність із Конвенцією та практикою Суду підтверджується також передовим досвідом країн Європи [14].

У Нідерландах Урядовий уповноважений у справах Суду щорічно готує звіт про справи та рішення проти країни, який подається до обох палат парламенту. Комітети з питань правосуддя обох палат вивчають цей звіт, надсилають запитання і приймають рекомендації, якщо вони не задоволені заходами, вжитими урядом. З 2006 року звіт доповнюється розділом про виконання рішень Суду, який охоплює не тільки рішення проти Нідерландів, але й інші рішення, що можуть мати вплив на юридичну систему країни. Подібна процедура запроваджена також у Швейцарії [14].

У Великобританії з 2001 року функціонує Спільний комітет з прав людини, що складається з шести членів Палати громад та шести членів Палати лордів. Комітет, зокрема, проводить систематичну оцінку чинного законодавства та проектів законів на відповідність зобов'язанням Великобританії у сфері прав людини, у тому числі Європейської конвенції, моніторинг виконання урядом рішень Європейського суду [14].

В Україні відповідно до ч. 2 «Прикінцевих положень» Закону та п.3 Постанови Кабінету Міністрів України від 31.05.2006 № 784 [6] повноваження Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини містять конфлікт інтересів, оскільки йде суміщення повноважень щодо виконання та контролю за виконанням Рішень Європейського суду в рамках виконавчої гілки влади – Міністерства юстиції, що входить до складу Кабінету Міністрів України. Тому доцільно функцію щодо контролю за виконанням рішень Європейського суду з прав людини надати незалежному органу, яким є, наприклад, Уповноважений Верховної Ради з прав людини, до складу якого й має входити відповідна структура, що спостерігатиме за ходом виконання Рішень [12, с.774-776].

Існують ризики приведення до виконання рішення Європейського суду Державною виконавчою службою, де державний виконавець, керуючись ст.7 Закону Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду

з прав людини, згідно ст. 46 Закону України «Про виконавче провадження», одержує винагороду, а це свідчить про те, що дії виконавця можуть містити його особистий інтерес [16].

З метою реформування виконавчої служби в контексті виконання рішень Європейського суду, зокрема необхідно: розширити перелік рішень, що підлягають примусовому виконанню, до якого слід додати рішення Європейського суду; запровадити інститут судового контролю за виконанням рішень через оскарження рішень, дій або бездіяльності виконавців; підвищити вимоги до осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів; встановити чіткість у визначенні строків у виконавчому провадженні; вирішити питання заформалізованості процедур та якості інформаційно-технічного забезпечення. Наразі вказане знайшло своє відображення в узгодженому проекті Закону України «Про виконавче провадження» про проекти Законів України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» та «Про виконавче провадження», розроблених відповідно до рішення Європейського суду у справі «Шмалько проти України» [18].

У доповнення до вищезазначеного проекту Закону, необхідно було закріпити аналогічні гарантії виконання рішень Європейського суду. Так, у Верховній Раді України свого часу було зареєстровано проект «Закону про внесення змін до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (щодо вдосконалення процедури виконання рішень та пропозицій Європейського суду з прав людини)» (реєстр. № 3075 від 13.08.2013). Законопроект вперше передбачав персональну відповідальність за незаконні дії або бездіяльність посадових осіб, що призвели до подачі заяви до Європейського Суду та за результатами розгляду якої Судом було постановлено Рішення на користь заявника. Крім того, з метою попередження завдання шкоди іміджу України, у проекті Закону пропонувалося покласти витрати пов'язані з виконанням рішення Суду на вказаних посадових осіб та позбавити їх права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, оскільки вони не спроможні захищати і відстоювати права людини та не порушувати їх.

Фактично, це було б ефективним виконанням ст. 41 Конвенції [2] в частині зобов'язання держави-відповідача життя заходів з метою запобігання виникненню подібних порушень у майбутньому. Проте, наразі згідно статті 16 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» коло відповідальних за невиконання чи неналежне виконання рішень Європейського суду обмежується лише Урядовим уповноваженим, Державною виконавчою службою та Державним казначейством України.

Враховуючи відповідний вплив на правову систему України та на судову практику взагалі, нам повинно бути зрозумілим, що належне

виконання та контроль за виконанням рішень Європейського суду повинно кореспондувати і законодавчим змінам для ефективного виконання зобов'язань України в рамках положень Європейської Конвенції, що потребує на даний момент конкретних та негайних кроків, де найголовнішим стандартом успішності цих кроків має стати ефективне виконання та забезпечення належного контролю за виконанням рішень Європейського суду.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Конвенція про захист прав людини та основних свобод із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – Вип. 2. – С. 15–32.
3. Цивільний процесуальний Кодекс України від 18 березня 2004 р. // ВВР. – 08 жовтня 2004. – № 40, / 40-42 – 1530 с. – Ст. 492
4. Господарський процесуальний Кодекс України від 6 листопада 1991 р. // ВВР – 1992 – № 6 – Ст. 56.
5. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // ВВР. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
6. Постанова Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 31.05.2006 № 784 // Офіційний вісник України від 14.06.2006 – 2006 – № 22 – Ст. 138 – ст. 1655.
7. Рекомендація №R (2000) Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо повторного розгляду або поновлення провадження у певних справах на національному рівні після прийняття рішень Європейським судом з прав людини.
8. Attila Fenyves, Ernst Karner, Helmut Koziol, Elisabeth Steiner. Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. – De Gruyter. – Berlin, Germany, 2011 – P. 195–С.273.
9. Бортновська З. П. Виконання рішень Європейського суду з прав людини на території України / З. П. Бортновська [Електронний ресурс] // Сайт Міністерства юстиції України. – 2008. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/806>
10. Давидчук О. Виконання рішень Європейського Суду з прав людини // Аналітика. – 2006. – №6(48). – С.80
11. Європейський суд з прав людини: Організація, діяльність, процес / За ред. В.В. Лутковської. – К.: Праксі, 2005. – С.46-47.
12. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: Науково-практичний коментар. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – С.792
13. Міжнародна конференція «Конвенція про захист прав і основних свобод людини в національній судовій практиці» – 18–19 листопада, 2003 р.: [Electronic resource]. – Mode of access: www.judges.org.ua/article/18-19_november_2003.doc

14. Огляд досвіду країн Європи підготовлено на підставі документів ПАРЕ, зокрема, документа Комітету ПАРЕ з юридичних питань та прав людини № AS/Jur/Inf (2009) 02 від 16.10.2009 «Парламентський контроль за стандартами Європейської конвенції про права людини», джерело: http://assembly.coe.int/committeedocs/2009/ajinfdoc02_2009.pdf, та Пояснювального меморандуму до доповіді "Національні парламенти – гарантії прав людини в Європі", джерело: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc11/EDOC12636.htm>.
15. Проблеми реалізації прав і свобод людини і громадянина в Україні / За ред. Оніщенко Н.М., Зайчук О.В. – К.: Юридична думка, 2007. – С.272
16. Фурса С., Фурса Є. Корткий коментар Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини // Юриспунденція: теорія і практика. – 2007. – № 3(29). – С.11.
17. Щорічний звіт про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2014 році. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/9329>
18. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56268
19. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf.
20. Рішення у справі "Лукенда проти Словенії" (Lukenda v. Slovenia) від 06.10.2005, заява № 23032/02, параграфи 94-95.
21. Case of Castels v. Spain. Judgement of the European Court of human rights of 23 April 1992 [Electronic resource]. – Mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57772>
22. Case of Kadubec v. Slovakia. Judgement of the European Court of human rights of 02 September 1998 [Electronic resource]. – Mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58235>
23. Case of OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia. Judgement of the European Court of human rights of 8 March 2012 [Electronic resource]. – Mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106308>
24. Євтушенко О.І. Особливості визнання та виконання рішень іноземних судів: Автореф. Дис. ... канд. юрид наук: – К., 2005. – 25 с.

Иванец Иван Петрович

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ИСПОЛНЕНИЯ И КОНТРОЛЯ ЗА ИСПОЛНЕНИЕМ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

В статье анализируются правовые проблемы исполнения и контроля за исполнением решений практики Европейского суда по правам человека в Украине и сделан обзор законодательства, проанализирован опыт европейских государств, а также международных обязательств Украины, которые смогут повлиять на решение этой проблемы.

Ключевые слова: исполнение решений, контроль за исполнением, судебная система, суд, источник права, практика Европейского суда по правам человека, применении практики Европейского суда по правам человека.

Ivan Ivanets

SOME ASPECTS OF THE EXECUTION AND CONTROL OF THE DECISIONS EXECUTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article analyzes the legal problems of the execution and control of the decisions execution of the European Court of Human Rights in Ukraine and also was done an overview of legislation, analyzed European countries experience and international obligations of Ukraine, which can affect the solution of mentioned above problems.

Keywords: the decisions execution, control of the decisions execution, the judiciary, the court, the source of law of the European Court of Human Rights, the practice application of the European Court of Human Rights.

Кузнець Олександр Миколайович

здобувач Київського університету права НАН України

УДК 347.9

ОКРЕМІ ПОВНОВАЖЕННЯ І РОЛЬ СУДУ ПІД ЧАС ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ТА МОЖЛИВІ ВАРІАНТИ ЗЛОВЖИВАННЯ НИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ

У статті проаналізовано відносини «суд – державний виконавець» під час виконавчого провадження. Обґрунтовано недоцільність наділення суду повноваженнями з вирішення питань щодо примусового виконання рішень, які не мають спірного характеру. Доведено також недоцільність суду здійснювати розрахунок астрента у виконавчому провадженні. Державний виконавець не має права здійснювати кваліфікацію дій суб'єктів щодо зловживання ними правами, оскільки він може

застосовувати до них заходи відповідальності лише за невиконання або неналежне виконання ними встановлених законом обов'язків.

Доведено, що законодавство про судочинство та виконавче провадження потребує змін на предмет конкретизації, узгодження та усунення тих процесуальних прав, якими найчастіше зловживають під час розгляду справ та примусового виконання судових рішень.

Ключові слова: суд, державний виконавець, виконавче провадження, стягувач, боржник, зловживання правами.

Проблемам виконавчого провадження та повноваженням суду під час виконання судових рішень у цивільних справах приділяють увагу багато українських учених. При цьому, важлива роль суду у виконавчому провадженні трактується ними не завжди однозначно. Зокрема, С.О. Якимчук у своїй дисертаційній роботі «Виконання судових рішень як частина судового розгляду» та в інших наукових працях [1-3] пропонує сприймати роль виконавчого провадження через призму судового розгляду. Але такий погляд нівелює діяльність державних виконавців і, фактично, відтворює роль суду у виконавчому провадженні як продовження розгляду ним справи.

Автор не погоджується з такою позицією, оскільки державна виконавча служба вже давно відділена від судової гілки влади, а наведена вище позиція призводить до того, що суди мають відповідати за дії державних виконавців, які їм не підпорядковані. Про взаємодію державних виконавців із судами можна і потрібно говорити, але якщо йдеться про вирішення деяких питань виконавчого провадження, наприклад про право державних виконавців входити в житлові приміщення боржника тощо.

У Законі України «Про виконавче провадження» [4] поряд з адміністративним порядком оскарження дій або бездіяльності державних виконавців передбачається можливість оскарження й до суду, а в окремих випадках – тільки до суду (ч. 2 ст. 82 Закону). Тому слід визнати, що роль суду не зводиться лише до санкціонування діяльності державних виконавців, а й передбачає перевірку обґрунтованості скарг на їх дії або бездіяльність.

Аналізуючи гіпотезу С.О. Якимчук, можна припустити, що саме той суд, який ухвалив рішення, що виконує державний виконавець, і має розглядати всі наступні справи, пов'язані з первісною справою. Отже, їх потрібно реєструвати за тим самим номером, якщо ми визнаємо, що виконання судових рішень є частиною судового розгляду. На підтвердження такої гіпотези можна послатися на ст. 373 ЦПК України [5], в якій питання відстрочки і розстрочки має вирішувати суд, який видав виконавчий документ, та на п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про виконавче провадження», в якій встановлено аналогічні повноваження суду.

Водночас визнання мирової угоди має здійснювати суд за місцем виконання рішення (ч. 1 ст. 372 ЦПК України), а не той суд, який видав виконавчий лист і розглядав справу. При цьому не передбачається передавати саму справу, яка містить рішення суду в повному обсязі, до цього суду. Отже, така справа повинна мати свій номер і розглядати її має інший суд.

У частині 2 ст. 371 ЦПК України взагалі встановлено альтернативну підсудність, оскільки заява про поновлення пропущеного строку може бути подана до суду, який видав виконавчий лист, або до суду за місцем виконання тощо.

Слід зазначити, що питання визнання мирової угоди та відстрочки або розстрочки виконання рішення суду значною мірою подібні, але ЦПК України допускає різницю в підходах визначення підсудності. Отже, можна і необхідно сформулювати загальне правило, що судовий розгляд питань, які пов'язані з виконанням рішення суду, не завжди слід розглядати як продовження розгляду справи тим судом, який ухвалив рішення.

На цій підставі окремі автори зазначають, що виконання входить до компетенції і судової, і виконавчої гілок влади. Ефективність виконання буде досягнута лише в тому разі, якщо повноваження з виконання будуть здійснюватися за обґрунтованої взаємодії органів судової та виконавчої гілок влади [6]. Якщо з останньою тезою неможливо спорити, то попередню вважаємо дискусійною. Судова гілка влади слугує для вирішення спорів та інших не менш важливих завдань, але не можна отожднювати діяльність суду з повноваженнями інших органів державної влади. Завдання цивільного судочинства, сформульовані в ст. 1 ЦПК України, не передбачають виконання рішень. Для суду розгляд питань, пов'язаних з виконанням рішень, це така сама діяльність, як і визначення прав та обов'язків сторін у інших справах, що здійснюється у передбаченій Кодексом процедурі.

Тим більш спірною є гіпотеза про доцільність «в теоретичному обґрунтуванні підвищення ролі суду у процесі виконання судових постанов. ...аналіз зарубіжного законодавства показав, що загальною тенденцією розвитку інституту виконання судових постанов є підвищення ролі суду в здійсненні повноважень щодо виконання судових постанов» [6]. Якщо ми намагаємося поставити державного виконавця під контроль суду, то гіпотеза є раціональною, але в Україні державні виконавці належать до виконавчої гілки влади та контролюються Міністерством юстиції України, а не судом. В Україні йдеться про запровадження приватних виконавців, а останні не входять до структури суду та не підпорядковуються йому.

На думку автора, недоцільно відносити до компетенції суду вирішення питань, які мають відношення до примусового виконання рішень, але не мають спірного характеру, оскільки це призведе до знецінення діяльності суду та перетворення його на адміністратив-

ний орган, а не на орган, який здійснює правосуддя. Таке положення збільшуватиме корупцію в судах, зловживання, а також призведе до необґрунтованого розширення штату суддів, що стане додатковим тягарем для бюджету держави.

Деякі автори зазначають: «У Франції введення інституту астрента (постійно зростаючої пені) сприяло посиленню ефективності правосуддя, захисту прав суб'єктів виконавчого провадження. Значення цього інституту в сучасному виконавчому провадженні Франції проявляється в тому, що в разі умисного невиконання рішення суду боржник може бути присуджений до сплати пені, постійно зростаючої залежно від періоду прострочення. Питання встановлення астрента, а також зняття з боржника зазначеної санкції знаходяться у виключній компетенції суду. Доцільно сприйняти даний правовий інститут, але з урахуванням специфіки російської правової дійсності. Так, суми пені, стягнені з боржника, повинні розподілятися між стягувачем і позабюджетним фондом розвитку виконавчого провадження в рівних розмірах, а не присуджуватися в повному обсязі стягувачу. Враховуючи, що акумуляція сум пені до астрономічних меж навряд чи зможе позитивним чином позначитися на ефективності даного інституту, автор прийшов до висновку про обмеження даних сум 10-кратним розміром сум основного зобов'язання» [7].

При цьому автор не говорить, на чію користь суд стягуватиме астрент, пропагуючи, разом з тим, введення в правову систему РФ приватних виконавців. Тобто приватний виконавець буде просто очікувати зростання суми основного зобов'язання, щоб його прибуток став більшим, або буде шантажувати боржника всезростаючою сумою стягнення тощо. Отже, астрент потенційно може стимулювати боржника до виконання зобов'язання не гірше приватного або державного виконавця, якщо останній реально здатен виконати рішення, але в такому випадку державна виконавча служба стає непотрібною, як і приватна. Вважаємо, що в сучасній виконавчій практиці, коли до боржника може застосовуватися кримінальна відповідальність за умисне невиконання або створення перешкод у виконанні рішення, за якою передбачається накладання штрафу, деякою мірою вже нагадує астрент, але проблеми це не знімає. Вважаємо, що державні виконавці із гуманних засад не застосовують кримінальну відповідальність до боржників, що впливає на стан примусового виконання рішень. У зв'язку з цим вважаємо недоцільним, щоб суд здійснював розрахунок астрента у виконавчому провадженні.

Отже, слід виходити із загальної спрямування діяльності суду (ст. 1 ЦПК України), а не намагатися підлаштувати деякі повноваження суду з розгляду питань виконавчого провадження під стару модель виконавчого провадження, коли судові виконавці входили до структури суду і виконували рішення під контролем того судді, який його ухвалював. Але навіть і тоді не можна було сприймати

виконання рішення як стадію судового розгляду, а виконавче провадження мало сприйматись як складова права на судовий захист (у широкому розумінні).

На думку Д.Я. Малешина у виконавчому листі потрібно детально визначати механізм виконання ухваленого суддею рішення [7]. Така позиція не відповідає Закону РФ «Про виконавче провадження», а також Закону України «Про виконавче провадження», у яких передбачається універсальна процедура виконання рішень. Автор здатен погодитися з такою пропозицією лише щодо виконання тієї незначної частини рішень, які не «вписуються» в чинну процедуру діяльності державних виконавців, але не загалом.

З цього приводу висловився і Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ України, зазначивши, що: «При розгляді скарги на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби суд не вправі вжити заходів забезпечення скарги (аналогічно забезпеченню позову) шляхом зупинення виконавчого провадження, зупинення дії оскаржуваного рішення тощо, оскільки зазначене не є повноваженнями суду, а є виключним повноваженням державного виконавця, яке може бути оскаржено до суду. Разом із тим до завершення розгляду скарги при наявності для цього підстав суд може зупинити стягнення на підставі виконавчого листа (пункт 4 частини першої статті 37 Закону «Про виконавче провадження») [8]. Такий формальний підхід слід сприймати з певним застереженням, оскільки зупинення судом стягнення є підставою для обов'язкового зупинення виконавчого провадження державним виконавцем. Отже, йдеться не про обмеження повноважень суду щодо впливу на виконавче провадження, а лише формалізовано спосіб фактичного зупинення судом виконавчого провадження.

У позиції Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ України можна помітити й деякі неузгодженості, які можуть негативно позначитися на правах осіб, а саме: «При розгляді скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби суди повинні враховувати, що Законом про виконавче провадження передбачено заборону на зловживання процесуальними правами під час здійснення виконавчого провадження. Так, державний виконавець зобов'язаний вживати передбачені Законом про виконавче провадження заходи примусового виконання рішень, неупереджено, своєчасно і в повному обсязі вчиняти виконавчі дії (частина перша статті 11 Закону України «Про виконавче провадження»), а особи, які беруть участь у виконавчому провадженні, зобов'язані сумлінно користуватися усіма наданими їм правами з метою забезпечення своєчасного та в повному обсязі вчинення виконавчих дій (частина сьома статті 12).

У зв'язку із цим у разі доведення факту зловживання процесуальними правами чи

невиконання обов'язків, передбачених статтею 12 Закону про виконавче провадження, під час здійснення виконавчого провадження зазначене може бути підставою для відповідного реагування, зокрема звернення до суду з поданням про тимчасове обмеження боржника у праві виїзду за межі України згідно зі статтею 377-1 ЦПК, пунктом 18 частини третьої статті 11 Закону України «Про виконавче провадження» тощо» [8].

У першому абзаці процитованої позиції суду йдеться про всіх суб'єктів виконавчого провадження, які зобов'язані сумлінно користуватись усіма наданими їм правами, а в другому – про застосування санкцій лише до боржника. Отже, можна зробити висновок, що в разі зловживання стягувачем або самим державним виконавцем правами санкції до них не мають застосовуватися.

Цікавою в цьому в цьому контексті є позиція судів при розгляді справи № 332/3041/14-ц [9, 10].

Так, ухвалою Заводського районного суду м. Запоріжжя від 23 червня 2014 року скаргу ОСОБА_3 на дії державного виконавця Відділу примусового виконання рішень управління ДВС Головного управління юстиції у Запорізькій області задоволено. Суд встановив, що заявник отримала копію оскаржуваного акту опису та арешту майна лише після вчинення виконавчих дій і її не було повідомлено про їх проведення, повідомлення про проведення акту опису та арешту вона не отримувала. Копію постанови про відкриття виконавчого провадження вона також не отримувала і не отримувала. Описане майно було передане на зберігання представнику стягувача. Крім того, суд зазначив, що Закон України «Про виконавче провадження» не зобов'язує державного виконавця передавати арештоване майно на відповідальне зберігання саме стягувачу.

Ухвалою апеляційного суду Запорізької області від 25 вересня 2014 року ухвалу суду першої інстанції скасовано, постановлено нову ухвалу, якою в задоволенні скарги ОСОБА_3 відмовлено.

Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ України скасував ухвалу апеляційного суду й залишив в силі ухвалу районного суду. Касаційний суд, зокрема, зазначив: «згідно з роз'ясненнями, що містяться в п. 3 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 6 від 7 лютого 2014 року «Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судових рішень у цивільних справах» при розгляді скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби суди повинні враховувати, що Законом України «Про виконавче провадження» передбачено заборону на зловживання процесуальними правами під час здійснення виконавчого провадження. Так,

державний виконавець зобов'язаний вживати передбачені цим Законом України заходи примусового виконання рішень, неупереджено, своєчасно і в повному обсязі вчиняти виконавчі дії (ч. 1 ст. 11 Закону України «Про виконавче провадження»), а особи, які беруть участь у виконавчому провадженні, зобов'язані сумлінно користуватися усіма наданими їм правами з метою забезпечення своєчасного та в повному обсязі вчинення виконавчих дій (ч. 7 ст. 12). Проте апеляційний суд не врахував, що не можна обмежитися лише констатацією того, що чинним законодавством України не встановлено заборону щодо опису та арешту майна за відсутності боржника чи уповноваженого ним представника та не звернув уваги на те, що державним виконавцем не було реально забезпечено право боржника брати участь при складанні акта опису та арешту його майна, що призвело до порушення прав останнього знати про вчинення виконавчих дій та брати участь у їх провадженні. При цьому державним виконавцем взагалі не було прийнято жодних заходів до залучення боржника до здійснення опису та арешту його майна.» При цьому касаційний суд вказав про необхідність дотримання вимог частини 5 ст. 52 Закону Про виконавче провадження).

Отже, за змістом судових рішень першої і касаційної інстанцій, суди, задовольняючи скаргу заявниці, виходили з того, що державний виконавець порушив права ОСОБА_3 як неналежним виконанням своїх обов'язків, так і зловживаючи своїми правами.

Державний виконавець не наділений повноваженнями щодо здійснення кваліфікації дій суб'єктів як зловживання правом, оскільки він може застосовувати заходи відповідальності до осіб тільки за невиконання або неналежне виконання ними обов'язків, встановлених законом. Для того щоб відмежувати належне користування правами від зловживання, слід передбачити в законі певні умови, наприклад обмежити право на оскарження дій державного виконавця поданням трьох заяв. Але такого обмеження в законі не існує, тому державний виконавець не вправі кваліфікувати особисте сприйняття поведінки стягувача або боржника як зловживання правом.

Останнє є дуже важливим, оскільки дії державного виконавця перебувають під безпосереднім «наглядом» як мінімум двох суб'єктів – стягувача і боржника, які можуть займати активну позицію у виконавчому провадженні, ініціюючи дії державного виконавця відповідно до виконавчої процедури. Зокрема, державний виконавець може отримувати відомості про майно боржника не тільки від самого боржника, але й від стягувача. Таким чином він мусить перевіряти цю інформацію, інакше його бездіяльність буде оскаржена, зокрема до суду.

При цьому всупереч усталеній концепції про нерозривний зв'язок виконавчого провадження з цивільним процесом можна констатувати, що сучасний поділ судочинства на види досить активно виявляється у зв'язку з пра-

ввідносинами, що виникають саме у виконавчому процесі. Зокрема, з огляду на прямі вказівки в Законі та на підставі роз'яснень у вищезгаданій постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ України ми можемо орієнтуватися щодо оскарження дій або бездіяльності органів державної виконавчої служби, тобто до цивільного чи адміністративного суду має подаватися скарга учасників виконавчого провадження.

Але на цьому питанні не вичерпується, оскільки, визнаючи поведінку тих чи інших осіб як зловживання правом, ми так само маємо визначити шляхи вирішення цих питань. Автор вважає, що в разі зловживання правами з боку сторін позов про відшкодування моральної шкоди, а також вимога про компенсацію завданої матеріальної шкоди має пред'являтися до суду загальної юрисдикції. Якщо ж буде встановлено, що зловживання мало місце з боку суду та/або державного виконавця, то позов про відшкодування матеріальної і моральної шкоди підпадатиме під юрисдикцію адміністративного суду.

Однак складніше питання визначення судом розміру моральної та матеріальної шкоди, що виникла внаслідок зловживання правом як у матеріальних, так і процесуальних відносинах, обумовлюється тим аспектом, що вони є тривалими, доволі часто зухвалими, але «прикритими» порядком розгляду справ судами та гарантіями прав осіб у виконавчому процесі. Позиція законодавчої влади спрямована на те, щоб гармонізувати суспільні відносини й демократизувати їх, але такі заходи орієнтовані на законотворчих осіб, які намагаються відстояти свої права в судочинстві та у виконавчому провадженні.

У зв'язку з цим досить часто суди та інші правоохоронні органи намагаються діяти гуманно щодо осіб, які очевидно зловживають своїми правами. Але така стереотипна поведінка призводить до того, що окремі суб'єкти все більше і частіше зловживають своїми правами.

Тому очевидно, що законодавство про судочинство та виконавче провадження потребує змін на предмет конкретизації, узгодження та усунення тих процесуальних прав, якими найчастіше і системно зловживають сторони під час розгляду справ і примусового виконання судових рішень. Наприклад, у ч. 1 ст. 38 Закону України «Про виконавче провадження» до прав державного виконавця належить зупинення виконавчого провадження в разі його звернення до суду із заявою про роз'яснення рішення, що підлягає виконанню, про встановлення чи зміну способу виконання. Очевидно, що в таких випадках державний виконавець не може діяти на власний розсуд, йому потрібні певні орієнтири в його діяльності. Тому зупинення виконавчого провадження за таких умов має належати не до прав, а до обов'язків державного виконавця.

У частині 5 ст. 52 Закону «Про виконавче провадження» зазначено: «Боржник має

право запропонувати ті види майна чи предмети, на які необхідно в першу чергу звернути стягнення. Черговість стягнення на кошти та інше майно боржника остаточно визначається державним виконавцем». Із цієї норми виходить, що спір з приводу майна, на яке звертається стягнення, можливий лише між державним виконавцем і боржником, але ж майно, на яке звертатиметься стягнення, має ціквати і стягувача, якому може бути запропоновано отримати його в разі, якщо воно не буде продане з торгів (ч. 6 ст. 62 Закону «Про виконавче провадження»). Отже, це питання може бути предметом розгляду суду. Але під час визначення майна, на яке може бути звернене стягнення, обов'язково має враховуватися позиція стягувача, оскільки очевидним може стати факт зловживання боржником правом, який визначить купу дрібних речей у рахунок погашення боргу, і він пропонуватиме такі речі стягувачу за їх первісною (покупною) ціною.

Тобто не врівноважене право боржника на визначення першочерговості звернення стягнення на його майно може призводити до зловживань з його боку, оскільки державному виконавцю просто невідповідно ставати суб'єктом оскарження за заявою боржника, а право стягувача на висловлення власної позиції з приводу можливого спору у вищезазначеній нормі навіть не згадується.

При цьому пропозиція державного виконавця стягувачу прийняти майно в рахунок погашення боргу не супроводжується відомостями про наявність у боржника іншого майна, на яке може бути звернено стягнення, але допускається повернути виконавчий документ стягувачу без виконання в разі відсутності в боржника іншого майна, на яке може бути звернено стягнення. Однак у період вчинення виконавчих дій щодо майна, на яке звернено стягнення, боржник може продати все інше майно, заставити або іншим чином відчужити, оскільки накладати арешт на інше майно боржника не передбачається.

Таким чином, стягувач, якому завдано шкоди і який сплатив авансовий внесок, може отримати виконавчий лист замість присудженої судом компенсації. Що ж тут можна оскаржувати, якщо державний виконавець діяв відповідно до Закону і боржник не порушував жодних приписів закону, в яких констатується його прямий обов'язок? Отже, завідомо зрозуміло, що скарга на дії державного виконавця не підлягатиме задоволенню, оскільки сама процедура його діяльності дозволяє так діяти, а дії боржника не можна сприймати як зловживання правом.

Роль суду у виконавчому провадженні зводиться не тільки до вирішення проблемних питань, що виникли під час примусового виконання рішення – під час ухвалення самого рішення та забезпечення його виконання закладаються основи відновлення порушеного права. Якщо розглядати діяльність суду з різних позицій, зокрема й щодо можливості зловживання правами, то очевидним стане висновок про те, що розширення повноважень

суддів у виконавчому провадженні дасть змогу перетворювати зловживання правами на системні, триваючі, які продовжують впливати на права сторін не лише під час судового розгляду, а й під час виконання судового рішення.

Тому, незважаючи на позитивні сторони розгляду питань у виконавчому провадженні тим самим судом і навіть суддею, який ухвалив рішення, оскільки не потрібно буде додатково знайомитися з матеріалами справи, все ж таки в інтересах сторін, щоб питання, які стосуються виконавчого провадження, вирішував новий суддя, особливо якщо в цивільній справі заявлялися відводи або рішення оскаржувалося. Так буде застерігатися можливість зловживань правами з боку судді.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Якимчук С.О. [http://ores.su/en/journals/problemyi-zakonnosti/2012-nomer-120/a10809](http://library.nulau.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21STN=1&S21REF=5&S21FMT=fullweb&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=M=&S21STR=Виконання судових рішень у цивільних справах як стадія судового розгляду [Текст] / С.О. Якимчук ; Хмельн. ун-т управління та права // Університетські наукові записки. – 2009. – № 4. – С. 81–84.
2. Якимчук С.О. Виконання судових рішень як частина судового розгляду : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03 / С.О. Якимчук. – Х., 2014. – 240 с.
3. Якимчук С.А. Эффективность исполнения судебных решений [Электронный ресурс] / С.А. Якимчук. – Режим доступа : <a href=).

4. Закон України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 року N 606-XIV. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/606-14>.
5. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1680-IV. [Електронний ресурс]– Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
6. Малешин Д.Я. Суд в процессе исполнения судебных постановлений : автореф. дис. ...канд. юрид. наук [Электронный ресурс] / Д.Я. Малешин. – М., 2002. – Режим доступа : <http://www.dissertat.com/content/zashchita-prav-cheloveka-v-ispolnitelnom-proizvodstve#ixzz3VONsR200>.
7. Кузнецов Е.Н. Исполнительное производство Франции : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.15 [Электронный ресурс] / Кузнецов Евгений Николаевич. – Екатеринбург, 2004. – Режим доступа : <http://www.dissertat.com/content/ispolnitelnoe-proizvodstvo-frantsii>.
8. Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судових рішень у цивільних справах : постанова Пленуму вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 лютого 2014 року № 6 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-14>.
9. Ухвала Заводського районного суду м. Запоріжжя від 23 червня 2014 року, [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39544986>.
10. Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ України від 11 березня 2015 року, [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43115497>.

Кузнец Александр Николаевич **ОТДЕЛЬНЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ И РОЛЬ СУДА ВО ВРЕМЯ** **ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ И ВОЗМОЖНЫЕ ВАРИАНТЫ** **ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ ИМ ПРОЦЕССУАЛЬНЫМИ ПРАВАМИ**

В статье проанализированы отношения «суд – государственный исполнитель» во время исполнительного производства. Обоснована нецелесообразность надела суда полномочиями по решению вопросов относительно принудительного выполнения решений, которые не имеют спорного характера. Доказана также нецелесообразность суда осуществлять расчет астрента в исполнительном производстве.

Государственный исполнитель не имеет права осуществлять квалификацию действий субъектов относительно злоупотребления ими правами, поскольку он может применять к ним мероприятия ответственности лишь за невыполнение или неподобающее выполнение ними установленных законом обязанностей.

Доказано, что законодательство о судопроизводстве и исполнительном производстве нуждается в изменениях на предмет конкретизации, согласования и устранения тех процессуальных прав, которыми чаще всего злоупотребляют во время рассмотрения дел и принудительного выполнения судебных решений.

Ключевые слова: суд, государственный исполнитель, взыскатель, должник, злоупотребление правами.

Kuznets Alexander **CERTAIN POWERS AND ROLE OF THE COURT DURING THE ENFORCEMENT** **OF THE COURT RULINGS AND THE POSSIBLE ABUSE** **OF PROCEDURAL RIGHTS BY THE COURT**

The article analyzes the relationship “court – state enforcement officer” during the enforcement proceedings. Unviability of giving the court the power to settle questions related to the compulsory execution of the judgements, which have controversial nature, has been proven. It is also proved that carrying out

of the calculation of the astreinte by the court in the enforcement proceedings is unreasonable. The state enforcement officer has no right to qualify actions of the subject concerning the abuse of rights, as it may apply the sanctions only for failure or improper performance of their statutory duties.

It is also proved that the legislation on legal proceedings and enforcement proceedings requires changes in terms of specifying, matching and elimination of procedural rights which are often abused during the proceedings and the enforcement of judgments.

Keywords: court, state enforcement officer, enforcement proceedings, creditor, debtor, abuse of rights.

Улетова Галина Дмитриевна,
доктор юридических наук, профессор
Российской Академии Народного Хозяйства и
Государственной Службы при Президенте РФ

УДК 347.9

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (2007–2016 ГОДЫ)

В настоящей статье автор рассматривает вопросы совершенствования законодательства об исполнительном производстве в Российской Федерации на протяжении 2007-2016 годов. Анализируются наиболее актуальные и дискуссионные научные проблемы исполнительного производства.

Ключевые слова: исполнительное производство, судебное решение, принудительное исполнение, судебный исполнитель, Конституционный Суд РФ.

В 2017 году исполняется 10 лет со дня принятия первого в истории развития исполнительного производства России Федерального закона «Об исполнительном производстве» (принят Федеральным законом от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ, вступил силу с 1 февраля 2008 года). Принятие Закона, являющегося одним из важнейших для становления правового государства, позволило придать новое качество как самой системе принудительного исполнения, так и содержанию работы судебных приставов-исполнителей, на которых непосредственно возложена функция исполнения судебных решений, что вряд ли можно отрицать. Однако далеко не все проблемы исполнительного производства решены, поскольку многие из них зависят не только от содержания конкретного нормативного акта, но и от состояния и динамики правовой системы в целом, согласованности норм базового закона с нормами других процессуальных и материальных отраслей права, а также от уровня правосознания правоприменителя и граждан-должников, заинтересованности общества в наличии эффективной системе принудительного исполнения, уровня экономического развития государства.

На наш взгляд, прошедший период с момента принятия названного Закона, несомненно, можно охарактеризовать как период постоянного поиска наиболее эффективных процессуальных механизмов и процедур исполнения судебных решений и актов иных юрисдикционных органов, последовательного совершенствования законодательства об исполнительном производстве и практики его применения с учетом лучших достижений в указанной сфере ряда зарубежных госу-

дарств, в которых сформировались отдельные эффективные меры принудительного исполнения (Беларусь, Израиль, Казахстан, Финляндия, Германия, Франция и др.). За относительно короткий период времени российским законодателем принято более 20 федеральных законов, направленных на дальнейшее развитие исполнительного производства, которыми внесены как фундаментальные изменения в Федеральный закон «Об исполнительном производстве», так и ситуационные изменения, являющиеся быстрой и необходимой реакцией на действия недобросовестных должников уклоняющихся от исполнения судебных решений.

Сфера исполнительного производства находится в зоне пристального внимания не только ФССП РФ, российского законодателя и юридического сообщества, но и Конституционного Суда РФ, Европейского Суда по правам человека. Ряд норм Закона об исполнительном производстве и норм ГПК РФ, регулирующих отдельные вопросы исполнительного производства, оспаривались в Конституционном Суде РФ гражданами и организациями и не всегда безуспешно. Правовые позиции Конституционного Суда оказывают серьезное влияние не только на последующую судебную практику, но и на дальнейшее развитие законодательства об исполнительном производстве, содержание постановлений Верховного Суда РФ, что позволяет сделать вывод об устойчивой и последовательной тенденции конституционализации правоприменительной практики судов, деятельности органов принудительного исполнения и российского законодательства об исполнительном производстве в целом.

Конституционный Суд РФ неоднократно указывал, что исполнение судебного решения по смыслу статьи 46 (часть 1) Конституции Российской Федерации, гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод, следует рассматривать как элемент судебной защиты. По мнению Суда, защита нарушенных прав не может быть признана действительной, если судебный акт или акт иного уполномоченного органа своевременно не исполняется, что обязывает федерального законодателя при выборе в пределах своей конституционной дискреции того или иного механизма исполнительного производства осуществлять непротиворечивое регулирование отношений в этой сфере, создавать для них стабильную правовую основу и не ставить под сомнение конституционный принцип исполнимости судебного решения¹.

В силу правовых позиций Конституционного Суда РФ законодательная регламентация обращения взыскания по исполнительным документам должна осуществляться не только на стабильной правовой основе, но и должна обеспечивать сбалансированное регулирование прав и законных интересов всех участников исполнительного производства с законодательным установлением пределов возможного взыскания, не затрагивая при этом основное содержание прав должника и одновременно отвечающих интересам защиты прав кредитора (охватывающих его право требования), с целью предотвращения либо уменьшения размера негативных последствий неисполнения обязательства должником². Изложенные правовые позиции Конституционного Суда РФ находятся в полной гармонии с практикой ЕСПЧ по применению п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Постановление от 19 марта 1997 г. по делу *Hornsby v. Greece*. Rec. 1997-II, fasc. 33. Reports of Judgments and Decisions 1997-II. § 40. P. 510; Постановление от 7 мая 2002 г. по делу *Бурдов против России*, Постановление от 15 января 2009 г. по делу *Бурдов против России* (№2) и др.), однако еще не в полной мере реализованы законодателем и в правоприменительной деятельности.

Наиболее важным для решения задач исполнительного производства, на наш взгляд, является Постановление КС РФ от

12.07.2007 № 10-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В.В. Безменова и Н.В. Калабуна», которым признано не соответствующим Конституции РФ положение абз. 3 ч. 1 ст. 446 ГПК РФ в той части, в какой им устанавливается запрет обращения взыскания по исполнительным документам на принадлежащие гражданину-должнику на праве собственности земельные участки, использование которых не связано осуществлением гражданином-должником предпринимательской деятельности и которые не являются основным источником существования гражданина-должника и лиц, находящихся на его иждивении, обеспечивающим указанным лицам необходимый уровень существования. Конституционный Суд указал, что суды и другие правоприменительные органы суды впредь (до установления соответствующего регулирования) должны непосредственно применять Конституцию РФ, а также руководствоваться указанным Постановлением, с тем чтобы не допустить несоразмерных ограничений имущественных прав граждан-должников и кредиторов, как субъектов гражданского оборота земельных участков.

Не менее ценно для обеспечения конституционного принципа исполнимости Постановление Конституционного Суда РФ от 14.05.2012 № 11-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф.Х. Гумеровой и Ю.А. Шихунова». В названном Постановлении, руководствуясь принципом разумной сдержанности, Конституционный Суд РФ воздержался от признания противоречащим Конституции РФ положения абз. 2 ч. 1 ст. 446 ГПК РФ, устанавливающего имущественный (исполнительский) иммунитет в отношении принадлежащего гражданину-должнику на праве собственности жилого помещения, которое является для него и членов его семьи, совместно проживающих в данном жилом помещении, единственным пригодным для постоянного проживания. В резолютивной части названного Постановления (п. 2) Суд указал, что имущественный (исполнительский) иммунитет в отношении принадлежащего гражданину-должнику на праве собственности жилого помещения должен распространяться на жилое помещение, которое по своим объективным характеристикам (параметрам) является разумно достаточным для удовлетворения конституционно значимой потребности в жилище как необходимым средством жизнеобеспечения, что обусловлено необходимостью реализации конституционного принципа соразмерности при обеспечении защиты прав и законных интересов кредитора (взыскателя) и гражданина-должника как участников исполнительного производства. Одновременно КС РФ предложил законодателю установить пределы действия имущественного (исполни-

¹ Примечания: Ключевая посылка кодификации гражданского процессуального законодательства (создание единого ГПК РФ) – «это сохранение подхода, согласно которому исполнительное производство является стадией судебного процесса, заключительной частью правосудия, где происходит реальное восстановление нарушенных прав и интересов. Такой подход, по мнению разработчиков Концепции нового ГПК РФ, соответствует судебной практике Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, а также ЕСПЧ.

² См., к примеру: постановления КС РФ от 30 июля 2001 года № 13-П, от 15 января 2002 года № 1-П, от 14 мая 2003 года № 8-П, от 14 июля 2005 года № 8-П, от 26 февраля 2010 года № 4-П и от 14 мая 2012 года № 11-П, определения КС РФ Определения Конституционного Суда РФ от 05.06.2012 № 1061-О от 21 ноября 2013 г. № 1863-О, от 23 декабря 2014 г. № 2776-О).

тельского) иммунитета с целью обеспечения возможности удовлетворения имущественных интересов кредитора (взыскателя) в случае, когда по своим характеристикам соответствующий объект недвижимости явно превышает уровень, достаточный для удовлетворения разумной потребности гражданина-должника и членов его семьи в жилище, а также предусмотреть для должника и членов его семье гарантии сохранения жилищных условий, необходимых для нормального существования. Названное постановление КС РФ позволило судам отказаться от формального подхода при рассмотрении дел, при котором они нередко применяли имущественный (исполнительский) иммунитет в отношении жилого помещения, ограничиваясь установлением факта того, что оно является единственным пригодным для постоянного проживания гражданина-должника и совместно проживающих членов его семьи. К сожалению, российский процессуальное законодательство в части регулирования отношений по обращению взыскания на принадлежащее гражданину-должнику на праве собственности жилое помещение до настоящего времени в полной мере не обновлено, что не способствует единообразному применению положений ст. 446 ГПК РФ и обеспечению баланса интересов взыскателей и должников в процессе исполнения судебных решений.

Совершение законодательства об исполнительном производстве и правоприменительной практики судов и органов ФССП обусловлено не только постановлениями Конституционного Суда РФ, но и его правовыми позициями, содержащими в ряде отказных определений. К примеру, во исполнение определения Конституционного Суда РФ от 03.07.2014 № 1563-О «По жалобе гражданина Зимина Бориса Дмитриевича на нарушение его конституционных прав частью 2 статьи 30 и частью 2 статьи 67 Федерального закона «Об исполнительном производстве» изменена практика применения ст. 67 ФЗ «Об исполнительном производстве». Конституционный Суд пришел к выводу, что судебный пристав-исполнитель не должен удовлетворять ходатайство взыскателя об ограничении права на выезд должника за пределы Российской Федерации одновременно с возбуждением исполнительного производства. Он вправе вынести такое постановление только в случае неисполнения должником требования, содержащегося в исполнительном документе (пятидневный срок с момента получения постановления о возбуждении исполнительного производства)³. Иное, по мнению Суда,

³ Временное ограничение на выезд должников из Российской Федерации является серьезным фактором, понуждающим должников исполнить требования судебных актов. В результате принятия мер по ограничению на выезд по данным ФССП РФ в 2015 г. исполнены требования 114, 7 тыс. исполнительных документов, что на 38 % больше чем в 2014 г., а общая сумма взыскания (в 2015 г.) составила 15, 9 млрд. руб. // См. официальный сайт ФССП РФ: <http://www.fssprus.ru/iss/ip/>-дата посещения 20.03.2016.

приводило бы к несоразмерному ограничению прав должника, в том числе предусмотренного ст. 27 (ч. 2) Конституции Российской Федерации права свободно выезжать за пределы Российской Федерации.

Изменения, которые внесены в Закон об исполнительном производстве, различны по содержанию, объему и значению. Наиболее значимые из них были внесены федеральными законами от 11.07.2011 № 196-ФЗ, от 05.04.20013 № 49-ФЗ, от 12.03.2014 № 34-ФЗ, от 08.03.2015 № 41-ФЗ, от 29.06.2015 № 210-ФЗ.

К числу основных новелл существенно изменившегося Закона следует отнести:

– возложение на ФССП обязанности по созданию и ведению, в том числе в электронном виде, правового банка данных в исполнительном производстве и установление перечня общедоступных сведений, содержащихся в нем, что свидетельствует о косвенном закреплении принципа гласности в исполнительном производстве (ст. 6.1. введена ФЗ от 11.07.2011 № 196-ФЗ)⁴ и серьезно влияет на повышение эффективности исполнительного производства. При включении в банк данных сведений о возбуждении исполнительного производства информация, необходимая для выплаты задолженности по исполнительному документу, одновременно направляется в Государственную информационную систему о государственных и муниципальных платежах (ФЗ от 08.03.2015 № 41-ФЗ). По общему правилу сведения, содержащиеся в банке данных, являются общедоступными до дня окончания или прекращения исполнительного производства. Исключение составляют сведения о возвращении исполнительного документа взыскателю или об окончании исполнительного производства, которые находятся в общем доступе в течение 3 лет со дня окончания исполнительного производства.

– разграничение законодателем понятий: исполнительные действия и меры принудительного исполнения и их нормативное определение (ст. 64, 68 ФЗ «Об исполнительном производстве»)⁵, что позволяет судебным приставам-исполнителям совершать необходимые исполнительные действия в период

⁴ На официальном сайте ФССП России (<http://www.fssprus.ru/iss/ip/>) или Единого портала государственных услуг (<http://epgu.gosuslugi.ru>) в настоящее время в общем доступе находится информация о должниках – физических и юридических лицах, а также предпринимателях без образования юридического лица. Указанные порталы весьма востребованы и позволяют гражданам-должникам незамедлительно распечатать квитанцию и погасить имеющийся долг, а также любым гражданам проверить, имеются ли ограничения на их выезд из Российской Федерации.

⁵ Исполнительные действия – это действия, совершаемые судебным приставом-исполнителем в соответствии с ФЗ «Об исполнительном производстве», направленные на создание условий для применения мер принудительного исполнения, а равно на понуждение должника к полному, правильному и своевременному исполнению требований, содержащихся в исполнительном документе.

приостановления исполнительного производства. К числу наиболее значимых и эффективных, по нашему мнению, относятся следующие исполнительные действия: право запрашивать необходимые сведения, в том числе персональные данные, у физических лиц, организаций и органов, находящихся на территории РФ, а также на территориях иностранных государств, в порядке, установленном международным договором РФ, получать от них объяснения, информацию, справки; проводить проверку, в том числе проверку финансовых документов, по исполнению исполнительных документов; право входить в нежилые помещения, занимаемые должником или другими лицами либо принадлежащие должнику или другим лицам, в целях исполнения исполнительных документов; право в порядке и пределах, установленных законом производить оценку имущества, что минимизирует расходы и ускоряет процесс исполнения; устанавливать временные ограничения на выезд должника из Российской Федерации; производить зачет встречных однородных требований, подтвержденных исполнительными документами о взыскании денежных средств (ФЗ от 28.12.2013 № 441-ФЗ). Принципиально важным является установление открытого перечня исполнительных действий необходимых для своевременного, полного и правильного исполнения исполнительных документов. Система мер принудительного исполнения также носит неисчерпывающий характер, однако иные меры могут быть предусмотрены исключительно федеральным законом. Наряду с традиционными мерами (обращение взыскания на имущество должника, в том числе на денежные средства и ценные бумаги; обращение взыскания на периодические выплаты, получаемые должником в силу трудовых, гражданско-правовых или социальных правоотношений) в системе мер появились и инновационные меры (обращение взыскания на имущественные права должника, в том числе на право получения платежей по исполнительному производству, в котором он выступает в качестве взыскателя, на право получения платежей по найму, аренде, а также на исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации; обращение в регистрирующий орган для регистрации перехода права на имущество, в том числе на ценные бумаги, с должника на взыскателя и др.).

– реализация в ФЗ «Об исполнительном производстве» концепции приоритета добровольного исполнения. Концепция добровольного (непринудительного) исполнения и принцип приоритета и поощрения добровольного исполнения требований, содержащихся в исполнительном документе, предложены автором настоящей статьи в ряде работ [1]. Принцип приоритета и поощрения добровольного исполнения обосновывается тем, что добровольное исполнение судебного решения и иного юрисдикционного акта наиболее

эффективный и наименее затратный как для должника, так и для государства, способ исполнения судебных и иных исполнительных документов, позволяющий сохранять социальную гармонию в обществе.

– исключение усмотрения пристава при определении продолжительности срока. для добровольного исполнения, который в настоящее время составляет пять дней со дня получения должником постановления о возбуждении исполнительного производства, если иное не установлено Законом. Однако не принято во внимание предложение об увеличении и дифференциации срока для добровольного исполнения (до 10, 15 или 30 дней), что давно обосновывается в юридической литературе. Таким образом, в постановлении о возбуждении исполнительного производства указывается: «установить срок для добровольного исполнения требований исполнительного документа – пять дней со дня получения (надлежащего уведомления) настоящего постановления» [2]. Принцип добровольности должен применяться судебными приставами-исполнителями с учетом правовой позиции КС РФ, выявленной в определении от 03.07.2014 г. № 1563 по жалобе гр-на Зимина Бориса Дмитриевича на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. и 30 и ч. 2 статьи 67 ФЗ «Об исполнительном производстве». КС РФ указал «... оспариваемые заявителем положения ч. 2 ст. 30 и ч. 2 ст. 67 ФЗ «Об исполнительном производстве», находящиеся в неразрывной взаимосвязи как между собой, так и с иными положениями данного ФЗ, не предполагают удовлетворение судебным приставом-исполнителем содержащегося в заявлении о возбуждении исполнительного производства ходатайства взыскателя о временном ограничении должника на выезд из РФ одновременно с вынесением им постановления о возбуждении исполнительного производства – до истечения установленного в вынесенном постановлении о возбуждении исполнительного производства срока на добровольное исполнение должником содержащегося в исполнительном документе требования, а также до получения СПИ сведений о том, что должник обладает информацией о возбужденном в отношении него исполнительном производстве и уклоняется от добровольного исполнения содержащегося в исполнительном документе требования».

– усиление влияния взыскателя на эффективность исполнительного производства (сотрудничество должника, взыскателя и судебного пристава-исполнителя в процессе исполнения). В заявлении взыскателя о возбуждении исполнительного производства может содержаться не только ходатайство о наложении ареста на имущество должника и об установлении предусмотренных законом ограничений, но и известные ему сведения о должнике, в том числе взыскатель вправе приложить к заявлению документы, об имущественном положении должника и иные сведения, которые по его мнению могут

иметь значение для своевременного и полного исполнения требований исполнительного документа (ФЗ от 12.03.2014 № 34-ФЗ).

– снижение принудительной составляющей в исполнительном производстве и расширение принципа диспозитивности в исполнительном производстве (наполнение его новым содержанием). В частности, введение ст. 87 (1) о самостоятельной реализации имущества должником стоимостью до 30 тыс. руб.⁶ и введение новой по содержанию статьи 87.2. (оставление взыскателем за собой имущества, не реализованного должником самостоятельно) (введена ФЗ от 12.03.2014 № 34-ФЗ). Взыскатель в срок, не превышающий 10 дней со дня его извещения о том, что стоимость имущества должника, оценка которого произведена СПИ или оценщиком, не превышает 30 000 рублей, вправе ходатайствовать об оставлении за собой указанного имущества в счет погашения взыскания. При отказе взыскателя либо непоступлении от него ходатайства об оставлении за собой нереализованного имущества оно подлежит принудительной реализации по общим правилам исполнительного производства.

– возложение на ФССП в лице судебного пристава-исполнителя дополнительных функций, в частности исполнение содержащегося в исполнительном документе требования об административном выдворении за пределы РФ иностранного гражданина или лица без гражданства, а также исполнение содержащегося в исполнительном документе требования об отбывании обязательных работ (ФЗ от 05.04.2013 № 49-ФЗ). Исполнение СПИ документа об отбывании обязательных работ заключается в направлении должника в организацию, включенную в перечень организаций, в которых лица, которым назначено административное наказание в виде обязательных работ, отбывают обязательные работы, и осуществлении контроля за выполнением должником таких работ. Исполнение исполнительного документа об отбывании обязательных работ производится судебным приставом-исполнителем по месту жительства должника.

– наделение должностных лиц ФССП России (главный судебный пристав РФ, главный судебный пристав субъекта РФ, старший судебный пристав и их заместители) правом совершать исполнительные действия при осуществлении контроля в сфере исполнительного производства (ФЗ от 12.03.2014 № 34-ФЗ).

– введение новой статьи – рассмотрение заявлений, ходатайств лиц, участвующих в исполнительном производстве. Они могут подаваться на любой стадии исполнительного производства и должны рассматриваться

⁶ Новая норма уже доказала свою эффективность. По данным отчета ФССП РФ, с момента введения данной нормы (март 2014 г.) по декабрь 2014 г. должниками самостоятельно реализовано имущество на 745 млн. руб. в 2015 г. – а сумма 1, 4 млрд. (почти вдвое больше).

в десятидневный срок со дня поступления к соответствующему лицу, если иные сроки не установлены законом, что значительно снизило количество обжалований.

– возможность ведения исполнительного производства группой принудительного исполнения, которая может создаваться главным судебным приставом РФ или старшим судебным приставом субъекта РФ в целях более оперативного и правильного исполнения содержащихся в нем требований (в случае сложности или большого объема исполнительного производства).

– существенное обновление содержания института «исполнительный розыск», и разграничение (уточнение) исполнительных категорий «исполнительные действия» и «исполнительно-розыскные действия», что существенно повлияло на качество розыска⁷ При этом исполнительный розыск осуществляется в отношении должника и его имущества, а также в отношении ребенка в том случае, если совершенные иные исполнительные действия не позволили установить местонахождение должника, его имущества или местонахождение ребенка, т.е. законодатель отдает приоритет традиционным исполнительным действиям и лишь в случае их нерезультативности судебный пристав на которого возложены функции по розыску проводит розыск. Объявление розыска является основанием для осуществления розыска не только на территории РФ, но и на территориях иностранных государств в порядке, установленном международными договорами РФ⁸. Важным фактором для повышения эффективности розыскной деятельности является доступ ФССП РФ (с 2015 г.) к информационным ресурсам Генерального секретариата Интерпола База данных используется с целью проверки лиц, находящихся в розыске по исполнительным документам, выданным на основании судебных актов по уголовным делам и гражданским искам.

– последовательная реализация ФССП РФ концепции электронного исполнительного производства (внедрение современных информационных технологий в деятельность органов принудительного исполнения, формирование единого информационного исполнительного пространства, электронные торги и т.д.). В ближайшей перспективе – внедрение повсеместно электронного исполнительного производства. В 2016 г. ФССП планирует запустить вторую очередь сервиса «Личный кабинет исполнительного производства» и его существенную модернизацию, что позволит сторонам получать юридически значимые процессуальные документы, выносимые в процессе исполнительного производства

⁷ К примеру, за 2015 г. ФССП РФ разыскано 75,7 тыс. должников-граждан, из них 54, 4 тыс. – должников по алиментным обязательствам.

⁸ Участниками Договора о межгосударственном розыске лиц являются Азербайджан, Армения, Беларусь. Казахстан, Киргизия, Молдова, Россия, Таджикистан, Узбекистан.

судебным приставом-исполнителем. В 2015 г. через личный кабинет было направлено всего 20, 5 тыс. заявлений, однако популярность сервиса быстро растет. Важное значение для ускорения исполнительного производства будет иметь возможность извещения участников исполнительного производства посредством СМС-сообщения и через личный кабинет (о месте, дате и времени или совершения отдельных процессуальных действий). Извещение инновационными способами, на наш взгляд, должно осуществляться исключительно на добровольной основе (только с письменного согласия участника исполнительного производства).

Некоторые негативные аспекты в сфере исполнительного производства России

- сохраняется устойчивая тенденция роста количества исполнительных документов, поступающих на исполнение в ФССП РФ и соответственно динамика роста нагрузки на одного судебного пристава-исполнителя⁹
- предложенная нормативная модель и реальное правоприменение в сфере исполнительного производства ряде случаев отличаются весьма существенно (например, имеет место нарушение как нормативных, так и разумных сроков исполнения судебных решений, лица, участвующие в исполнительном производстве, а также приставы-исполнители нередко злоупотребляют своими процессуальными правами;
- доминирование концепции принудительных способов исполнения судебных постановлений;
- отсутствие детального нормативного регулирования института мирового соглашения и процедуры примирения в процессе исполнительного производства;
- отсутствие жестких санкций при злоупотреблении правами субъектами исполнительного производства¹⁰;

⁹ В 2015 г. возбуждено 45,6 млн. исполнительных производств, что на 6 млн. больше чем в 2014, а средняя нагрузка на одного судебного пристава-исполнителя в сравнении с 2014 г. возрасла с 2,5 тыс. до 2,9 исполнительных производств, что не может не влиять на эффективность принудительного исполнения и требует принятия срочных мер по оптимизации процедур исполнения.

¹⁰ По законодательству Англии, если кредитор не обладает информацией об имуществе должника (или же имеющаяся у него информация недостаточна), он может обратиться в суд с ходатайством о понуждении должника к раскрытию информации о своих финансах (Правила Гражданского процесса, часть 71). В случае уклонения должником о предоставлении информации суд может применить самые жесткие меры, от штрафов до тюремного заключения сроком до двух лет. Такие же последствия могут наступить и при невыполнении должником какого-либо иного указания или решения суда в рамках процесса по принудительному исполнению. Так на любой стадии кредитор может обратиться в суд с ходатайством о «замораживании» средств/ активов должника с целью воспрепятствовать распоряжению ими (Правила Гражданского процесса, часть 25). В случае невыполнения должником соответствующего распоряжения суда ему грозит наказание за неуважение к суду, вплоть до лишения свободы.

– чрезмерная нагрузка на судебных приставов-исполнителей и неразвитость легитимных альтернативных форм исполнения судебных и иных актов;

– избыточность функций, возлагаемых на ФССП РФ, что не позволяет обеспечить эффективное исполнение судебных решений.

Наиболее актуальные и дискуссионные научные проблемы исполнительного производства

- соотношение частного и публичного интереса в исполнительном производстве;
 - развитие системы принципов исполнительного производства;
 - пределы ограничения прав должника при исполнении судебных и иных актов;
 - обоснование целесообразности дальнейшей кодификация законодательства об исполнительном производстве (доработка и принятие проекта Исполнительного кодекса Российской Федерации);
 - развитие концепции непринудительного (добровольного) исполнения судебных решений и примирения в исполнительном производстве и её внедрение в повседневную практику деятельности органов принудительного исполнения;
 - значение и роль судебной практики в исполнительном процессе;
 - установление более четких критериев разграничения подведомственности между судами общей юрисдикции и арбитражными судами в сфере исполнительного производства;
 - совершенствование доктрины о ковенных мерах принудительного исполнения судебного постановления;
 - меры поощрения судебных приставов-исполнителей при своевременном и полном исполнении судебных актов и актов других органов и должностных лиц;
 - разработка и внедрение инновационных технологий как средства оптимизации и снижения нагрузки на систему принудительного исполнения;
 - принципы взаимодействия ФССП РФ с коллегторскими и детективными агентствами;
 - дальнейшее развитие и совершенствование предлагаемых концепций о вариативности организационных моделей исполнительного производства и конкурирующей компетенции различных органов исполнения [3].
- Повышение эффективности исполнения судебных актов вынесенных в отношении должников-граждан и должников-организаций, в том числе за счет внедрения электронных форм исполнения должно оставаться одним из приоритетных направлений деятельности ФССП РФ [4], что, по нашему мнению, ставит на повестку дня вопрос об освобождении органов принудительного исполнения от избыточных и несвойственных им функций, передачу им некоторых функций дополнительно (в силу технологических особенностей исполнительного процесса), а также скорей-

шее внедрение новых правовых средств оптимизации служебной нагрузки на судебных приставов-исполнителей¹¹.

Создание более современного и эффективно функционирующего института исполнения судебных актов, способного модифицироваться с учетом меняющихся социальных и экономических реалий, на наш взгляд, вполне решаемая задача для законодателя и Федеральной службы судебных приставов Российской Федерации.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Принципы исполнительного права Российской Федерации». СПб, 2006. С. 72-92, 129, 130.
2. Письмо ФССП России от 08.07.2014 N 0001/16 «Методические рекомендации о порядке взимания исполнительского сбора» (утв. ФССП России 07.06.2014) // СПС «КонсультантПлюс».

3. Улетова Г.Д. Источники исполнительного права Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 50-56; Она же. Проект федерального закона «Об исполнительской деятельности частного судебного пристава-исполнителя (авторский)». 2-е изд., перераб. и доп.: науч. изд. СПб., 2006.
4. Парфенчиков А.О. Проблемные аспекты принудительного исполнения актов судов и иных органов в отношении юридических лиц в Российской Федерации // Принудительное исполнение актов судов и иных органов в отношении юридических лиц (организаций и предпринимателей). Проблемные аспекты: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. / отв. ред. А.О. Парфенчиков и Д.Х. Валеев. М.: Статут, 2013. С. 8; Отчет о выполнении публичной декларации целей и задач ФССП России в первом полугодии 2015 года; Доклад о результатах деятельности Федеральной службы судебных приставов в 2015 году // см.: Официальный сайт ФССП РФ.

Улетова Галина Дмитрівна **ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВИКОНАВЧЕ ПРОВАДЖЕННЯ** **У РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ (2007–2016 РОКИ)**

У цій статті автор розглядає питання вдосконалення законодавства про виконавче провадження в Російській Федерації протягом 2007–2016 років. Аналізуються найбільш актуальні та дискусійні наукові проблеми виконавчого провадження.

Ключові слова: виконавче провадження, судові рішення, примусове виконання, судовий виконавець, Конституційний Суд РФ.

Uletova Galina **IMPROVEMENT OF LEGISLATION ON ENFORCEMENT PROCEEDINGS** **THE RUSSIAN FEDERATION (FOR 2007–2016 YEARS)**

In this article the author considers the questions of improvement of legislation on enforcement proceedings in the Russian Federation for 2007–2016 years. Analyzes the most current and controversial scientific issues of enforcement proceedings.

Keywords: executive process, judgment enforcement, bailiff, the Constitutional Court of the Russian Federation.

¹¹ Федеральный закон от 08.03.2015 № 41-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» предусматривает возможность направления в форме электронных документов исполнительных документов, ходатайств, объяснений, отводов и жалоб судебному приставу-исполнителю, повесток и иных извещений – лицам, участвующим в исполнительном производстве, а также запросов о наличии у должника имущества – в регистрирующие органы, банки и иные кредитные организации, лицам, осуществляющим учет прав на ценные бумаги, владельцам номинальных банковских счетов // СПС «КонсультантПлюс».

IV МІЖГАЛУЗЕВІ ЗВ'ЯЗКИ ПРАВНИЧОЇ НАУКИ

Фурса Светлана Ярославовна,

доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедры нотариального,
исполнительного процесса и адвокатуры,
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко

КАФЕДРА НОТАРИАЛЬНОГО, ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА И АДВОКАТУРЫ, ПЕРСПЕКТИВЫ ЕЕ РАЗВИТИЯ И РОЛЬ В РЕФОРМИРОВАНИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ УКРАИНЫ

В статье проанализирована работа кафедры нотариального и исполнительного процесса и адвокатуры за 5 лет ее жизнедеятельности. Показаны научные направления преподавания кафедры и отмечена их актуальность для государства, защиты прав и свобод человека и гражданина. Особое внимание автор обратил на те проблемы, которые имеют место в науке и учебном процессе при преподавании дисциплин кафедры.

Ключевые слова: кафедра, нотариальный процесс, исполнительный процесс, адвокатура, учебный процесс.

Создание кафедры нотариального, исполнительного процесса и адвокатуры в университете было обусловлено необходимостью становления и развития таких новых отраслей процессуальной науки как нотариальный и исполнительный процесс.

Перед членами кафедры, с момента ее создания, стоит очень сложная и ответственная задача – это подготовка будущих специалистов для нотариата, адвокатуры, государственной исполнительной службы, специалистов новой формации, которые способны на высоком профессиональном уровне решать задачи, которые стоят перед государством по охране и защите прав и интересов физических, юридических лиц.

Понимая значимость этих направлений юрисдикционной деятельности ученые кафедры прикладывают максимум усилий, чтобы свои наработанные знания, умения, свой опыт передать своим ученикам.

Эти годы становления кафедры, как коллектива единомышленников, которые способных решать сложные научно-практические задачи, прошли незаметно. Мы не будем сегодня говорить о тех усилиях, которые надо было приложить, чтоб доказать, что в ведущем учебном заведении Украины такая кафедра должна быть. Мы сегодня будем говорить о наших делах, успехах и достижениях, и тем самым доказывать, что принятое решение о создании кафедры было правильным.

Согласно ст. 3 Конституции права, свободы человека и гражданина являются высшей ценностью государства, которое взяло на себя обязательство гарантировать эти права, путем охраны и защиты. А без научных про-

гнозов, обоснованной и глубокой теории эти задачи решить невозможно. Именно гармоничное взаимодействие теории и практики процессуальной деятельности нотариусов, государственных исполнителей и адвокатов даст новый толчок проведению правовой реформы в Украине.

Деятельность кафедры была определена в Концепции развития и стратегии кафедры на 2011–2016 г.г.

За отчетный период, при немногочисленном составе кафедры нами было сделано много:

- на кафедре создано три специализации для магистров «Нотариат», «Исполнительное право и процесс» и «Адвокатура» для бакалавров – специализация «Адвокатура»;

- разработано около 50 спецкурсов, каждый из которых обеспечен научно-методическими разработками и учебными академическими изданиями. В частности,

- издан учебник «Нотариат Украины»: кн.1 «Нотариат Украины. Организация нотариата»; кн. 2 Теория нотариального процесса; кн.3 Нотариальный процесс с иностранным элементом (подготовлено к изданию); Учебник «Теория нотариального процесса» удостоена Национальной академией наук Украины премии имени М.П. Василенка;

- учебник «Адвокатура Украины» кн. 1. Организация адвокатуры» издан вместе с кафедрой судебных и правоохранительных органов Одесской юридической академии, что свидетельствует о единении научных школ Украины. Подготовлена к изданию кн. 2 Адвокатская деятельность;

- научно-практический комментарий к законодательству по исполнительному произ-

водству, идет работа по подготовке учебников по исполнительному производству, задержка за новым законом, которым будет регламентироваться статус частных исполнителей.

– за 5 лет на кафедре подготовлена и защищена Кармазой О.О докторская диссертация «Охрана и защита жилищных прав в цивилистическом процессе», 13 кандидатских диссертаций, посвященных проблемам нотариата, исполнительного производства. В работах акцент сделан на комплексном решении (цивилистический процесс) проблемных вопросов в соответствии с научной темой, которая выполняется кафедрой «Охрана и защита прав физических, юридических лиц и государства в цивилистической процессе».

В частности, хочу обратить внимание на то, что много нотариусов занимаются научной деятельностью. Под научным руководством Фурсы С.Я. были подготовлены и защищены диссертации на соискание научной степени кандидата юридических наук частными нотариусами:

1) Шкрибляк Екатериной «Односторонні правочини в нотаріальній та судовій практиці», которая принимает активное участие в учебном процессе – ролевых играх, круглых столов, конференциях кафедры;

2) Рудко Богданой «Процедура вчинення нотаріального провадження з життєв заходів щодо охорони спадкового майна» с целью изучения наследственного права для практической деятельности;

3) Бадила (Бурмак) Оксаной «Забезпечення доказів судом та нотаріусом» написание данной работы обусловлено необходимостью регламентации данного института в законе Украины «О нотариате» (ст.102)

Трое выпускников – аспирантов кафедры после защиты кандидатских диссертаций Лысенко-Малярчук Л.С. (Ухвали в цивільному процесі), Дерий Е.А (Аліментні зобов'язання в цивілістичному процесі), Винциславская-Мазина М.В. (Суб'єкти виконавчого процесу) и соискатель Горбань Н.С. «Принципи нотаріального процесу» работают сегодня на кафедре. Соискателем кафедры – прокурором отдела поддержания государственного обвинения в суде Прокуратуры Киевской области Ляшенко Р.О. защищена диссертация по исполнительному процессу «Приведення судових рішень у цивільних справах до примусового виконання» и др.;

– учеными и аспирантами кафедры опубликовано около 400 научных статей в Украине, а также в иностраных изданиях Польши, России, Испании, Швейцарии, Чехии, Молдовы;

– кафедрой с 2011 года издается международный сборник научных статей «Цивилистическая процессуальная мысль», который пользуется спросом не только в Украине, но и за границей, в состав редколлегии входят ведущие ученые РФ, Польши, Чехии, Франции-Више президент Международного союза судебных приставов, Испании;

– кафедрой издается научно-практический журнал «Цивілістична процесуальна думка»;

– ученые кафедры удостоены государственных званий Заслуженный юрист Украины, Фурса С.Я. является иностранным членом Польской академии наук (Люблинское отделение), члены научно-консультативных советов Высшего хозяйственного суда Украины, Верховного Суда Украины, Высшего специализированного суда по рассмотрению гражданских и уголовных дел, берут участие в законопроектных работах, являются членами редколлегии научных журналов «Тека», «Администрация и право» (Польша), Вестник исполнительного производства (РФ) и научных изданий Украины;

– проводится работа с студентами в научных кружках по нотариату, исполнительному процессу, адвокатуре, по результатам кружков проводятся круглые столы;

– преподавателями кафедры проводятся ролевые игры по дисциплине нотариат (спекурс «Этика нотариуса», адвокатура (спекурс) «Консультативна работа адвоката»);

– проведена первая международная научно-практическая конференция «Актуальні проблеми теорії і практики нотаріального, цивільного та виконавчого процесу: їх співвідношення та взаємодія» (21–22 лютого 2013 г.), проводятся презентации специализаций кафедры (май 2015 г.);

– международное сотрудничество: Чехии, Университет Валенсии (Испания), МГУ имени Ломоносова, Саратовская юридическая академия, Уральский государственный юридический университет, Юридическая академия имени Кутафина, Международный союз нотариата, Международный союз судебных приставов, Щецинский университет (Польша), Университет Марии Кюри Склодовской (Польша).

Это далеко не весь перечень достижений кафедры... Можно еще многое перечислять из того, что сделала кафедра, но сегодня я хочу выразить благодарность всем членам кафедры за взаимопонимание и поддержку, терпение и творческое отношение к работе. Такое отношение к преподаванию сложных предметов не могло не отразиться на желании студентов изучать проблемы нотариального, исполнительного процесса и адвокатуры.

Но научно-педагогическая работа требует взгляда вперед. Именно такое отношение к преподаванию может позволить кафедре быть в курсе новых идей и направлений развития нашей правовой системы, что становится предметом научных дискуссий на конференциях, круглых столах, кружках студентом, которые проводятся на кафедре.

В своем докладе я хочу остановиться на трех составляющих:

– на проблемах науки нотариального, исполнительного процесса и адвокатуры;

– учебном процессе;

– а также на тех практических проблемах, которые имеют место в нотариате, исполнительном производстве и адвокатуре и влияют

на дальшого розвитку науки цивілістического процесу, в частині, нотаріального і виконавчого процесу, а також науки об адвокатурі.

«НАУКА» НАУЧНОЇ ШКОЛИ

Будучи представителем наукової школи, я перше всього, хочу звернути увагу на ті проблеми, які мають місце в науці і навчальному процесі при викладанні дисциплін нашої кафедри.

Говорячи про концепцію створення нашої кафедри акцент робився на тому, що сьогодні нотаріат розглядати як «довесок» до громадянського судопроизводства. В 2003 році при захисті мною роботи на соискання наукової ступені доктора юридических наук на тему «Теоретическі основи нотаріального процесу України» було висказано і науково обґрунтовано теорію нотаріального процесу як самостійну галузь правової науки. Множество наукових статей, учеників, науково-практических посібників, дисертацій моїх учеників, які розвивають мої ідеї – 17 кандидатських і одна докторська робота з урахуванням і інших учених в області нотаріату, в класифікаторі наукових спеціальностей по яким проводяться дисертаційні дослідження нотаріат віднесено до громадянського процесу, то є до суду, але ми перше добре розуміємо що це не так ... свій предмет, метод правового регулювання, свої суб'єкти, свої принципи, свої завдання. Тому виникає питання: які ще потрібні факти і доказальства, щоб наука про нотаріат зайняла гідне місце серед інших юридических наук.

В своє час, розділом 3 Концепції реформування нотаріату в Україні, затвердженої наказом Міністра юстиції від 24 грудня 2010 р. було передбачено: необхідність внесення в класифікатор галузей права змінений відносно виділення самостійної галузі права-нотаріального процесу. Але воно і сьогодні там ...

Аналогічна ситуація і з виконавчим процесом (производством) він до сих пор вважається стадією громадянського (судового) процесу, без урахування змінений в організаційній структурі органів примусового виконання (в 1998р. була створена державна виконавча служба і прийнято Закон України «Про державну виконавчу службу» і прийнято в 1999 році самостійного закону «Про виконавчий производств», то є розділ 7 ГПК слід розглядати не як стадію громадянського процесу – виконання судових рішень, а це норми о взаємодії виконавчої служби з судом по деяким питанням в виконавчому производстві. Дослідженню цих питань присвячено дисертація Сергієнко Н.А. «Взаємодія органів державної виконавчої служби з судом при виконанні судових рішень по громадянським справам». Дисертантом Ляшенко Р.О захищено концепція о тому, що заклю-

чительної стадією громадянського процесу вважається звернення судового рішення до виконання, а саме рішення виконується за межами суду, державної виконавчої службою, яка віднесена до структури Міністерства юстиції України.

Виділення виконавчого процесу як самостійної галузі права ні в якій мірі не суперечить мнію ЕСПЧ «Что правосудие не будет достигнуто, если решение суда не будет исполнено» (в широком понимании). Введення інституту приватних виконавчих доповнює підтверджує правильності концепції нашої кафедри о необхідності надання виконавчому процесу статусу самостійної галузі правової науки.

Тому сьогодні просимо у Міністерства юстиції України підтримки в рішенні цих важливих наукових питань.

УЧЕБНИЙ ПРОЦЕС

Что стосовно навчального процесу, то по залишковому (второстепенному) принципу формується відношення до нотаріату як навчальної дисципліни, який асоціюється з малоцікавою і клерковською роботою, без урахування неодноразового представлення об збільшенні кількості годин на викладання такої важливої дисципліни, яка є однією з складових функцій держави.

В частині, на стаціонарі на три складові частини дисципліни (організацію, нотаріальний процес і нотаріальний процес з іноземним елементом) відводиться всього – 8 лекцій і 6 практических занять і контроль в формі зачету. На заочному відділенні для бакалаврів 1 лекція і 1 практическе заняття і зачет. Для магістрів по спеціалізації «Нотаріат» дисципліна «Теорія нотаріального процесу (м. 2 Нотаріальний процес з іноземним елементом) – 1 лекція і 1 практическе заняття.

Однією з важливих факторів, який має значення сьогодні для вибору студентами магістрами спеціалізації «Нотаріат», є вимоги пред'явлює до нотаріуса, то є стаж роботи 6 років, з них 3 роки помічником нотаріуса. Раніше на дану спеціалізацію був великий спос студентів, набиралося декілька груп, але сьогодні має місце «отток» студентів. По опросу студентів, на дану спеціалізацію йдуть, фактически, діти нотаріусів, які можуть влаштуватися помічниками (Законом передбачено, що у нотаріуса може працювати тільки один помічник). Наприклад, випускниця магістратури «Нотаріат», маючи червоний диплом і працюючи 6 років помічником нотаріуса, маючи 8 років стажу в області права, другий раз вже не може скласти кваліфікаційний екзамен. Такі високі вимоги до професії нотаріуса обмежують доступ до професії молодим спеціалістам.

Что стосовно «Виконавчого производства (процесу), то така навчальна дисципліна повинна викладатися на 4 курсах, но

на неоднократні представлення кафедри – відповідь один «Нет технической возможности», хоча державним виконавцем може бути особа, яка має ступінь бакалавра. Що стосується вибору студентами даної спеціалізації, то кафедрі треба застосовувати максимум зусиль для того, щоб пояснити студентам, що це за професія і в чому її привабливість. В перший рік на спеціалізацію «Виконавче право і процес», фактично, з органів виконавчої і державної служби з метою підвищення кваліфікації прийшло 22 слухачів, які на госекзаменах показали дуже високий рівень знань, що було відзначено головою державної екзаменаційної комісії, а не через кілька років ця спеціалізація була скасована, оскільки треба було зменшувати кількість спеціалізацій, а цього не можна було робити, коли в країні гостро стоїть проблема з примусовим виконанням рішень судів.

На навчальну дисципліну «Адвокатура Україна» виділено також 8 лекцій, тобто студентів можна тільки ознайомити з організацією даного органу, а про адвокатську діяльність говорити не доводиться... Аналогічна ситуація в цьому році на заочному відділенні скасована спеціалізація «Адвокатура» для магістрів. А згідно з навчальними планами на 2017 рік навчальна дисципліна «Адвокатура України» є обов'язковою для вивчення студентами юридичного факультета майбутніми адвокатами і є дисципліною вільного вибору студентів. Крім того, ця дисципліна буде викладатися на другому курсі навчання в університеті. Як можна викладати цю дисципліну, якщо студенти не вивчили ні матеріального, а головне, процесуального права?!

Аналогічне становище має місце з навчальною дисципліною «Нотаріат України», яка буде викладатися студентам на другому курсі. Чи викладати нотаріальний процес не представляється можливим без знання норм матеріального права в частині, громадянського, сімейного, земельного, господарського права норми якого реалізуються за допомогою нотаріальної процедури.

Тому, користуючись случаем, звертаємося до представників Міністерства юстиції України допомогти нам в розв'язанні дуже важливих питань навчання майбутніх нотаріусів, державних виконавців, адвокатів, оскільки державі потрібні сьогодні такі спеціалісти з урахуванням того, що повинен бути забезпечений державний замовлення на їх навчання.

ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ НОТАРИАТ

На кафедрі обговорюються і проблеми, які мають місце в нотаріаті, пов'язані з тим, що нотаріусів все більше і більше надають не своїми функціями реєстраторів (первинна і вторинна реєстрація), суб'єктів фінансового моні-

торинга, суб'єктів надання адміністративних послуг по реєстрації юридических осіб і фізических осіб, суб'єктів підприємчельської діяльності.

Сьогодні розмова йде і про те, що нотаріуси скоро почнуть реєструвати і скасовувати шлюби і розглядати безспірні питання (справи), які сьогодні віднесені до компетенції судів.

Тенденцію надання нотаріусам функцій реєстратора можна пояснити наміром зберегти нотаріат, особливо частний, який потрапив в важке становище в зв'язі з довгим фінансовим кризисом, а така тенденція обов'язково буде мати негативні наслідки. Якщо замість правової допомоги нотаріуси будуть довгий час займатися реєстрацією (техніческой роботою), то не легко сказати, що їх правові знання і здібності будуть погіршуватися – це об'єктивне наслідок мало кваліфікованої діяльності. Крім того, якщо доходи з реєстраційної діяльності будуть суттєвими, наприклад, проведення реєстрації за 2 години – 7000 грн, а умовного праці при цьому застосовувати треба менше, то, очевидно, значительної частини нотаріусів це сподобається. Тому багато з них не тільки не можуть кваліфіковано пояснити клієнту, чим відрізняється договір пожизненного содержания от наследственного договора, а і не захочуть цього робити. Не говорячи вже про здібності кваліфіковано скласти проект такого договору. Тому, нотаріусам можна віддати і повноваження по реєстрації актів громадянського становища, а тоді не слід їх вважати нотаріусами, оскільки їх статус буде вже іншим. В частині, згідно з багатьма статтями Громадянського кодексу України встановлено необхідність саме державної реєстрації прав на об'єкти нерухомості, а, внаслідок здійснення цієї діяльності приватними нотаріусами, останніх треба порівнювати з державними службовцями з усіма витікаючими з цього наслідками, в частині, з льготами державних службовців. Тому скоро можна очікувати, що приватні нотаріуси будуть добиватися відповідних льгот державних службовців в судах ...

Складною і трудомісткою є вторинна реєстрація і реєстрація юридических осіб, яка займає у нотаріусів багато часу відволікаючи їх від виконання основних завдань нотаріату (ст. 1 Закону)

А виконання нотаріусом функції суб'єкта фінансового моніторинга, взагалі, суперечить принципу нотаріальної таємниці (ст. 8 Закону). Нотаріуси повинні нести відповідальність за те, що у них «не виникло сумнівів, що гроші отримані (отримані) незаконним шляхом, що їх клієнт фінансує тероризм».

Сьогодні оборот необхідно говорити про глобалізацію саме нотаріальної функції, яка зводиться до достовірності бес-

порних прав і фактів з метою придання їм юридическої достовірності. Надо розширяти компетенцію нотаріусів за рахунок нотаріальних дій, а не за рахунок не своїх власних нотаріальних функцій.

Іменно на науковому рівні стоїть питання про підготовку Нотаріального кодексу, то є системи норм, регламентуючих як організацію, так і процесуальну діяльність нотаріусів.

Представляється, щоб уникнути нових проблем, потрібно створити обґрунтовану програму розвитку нотаріату, а перед цим потрібно визначити позитивні риси нотаріату інших країн, виявити і узагальнити існуючі проблеми і публічно обговорити способи їх вирішення, прийняти потреби громадян, які повинні бути забезпечені нотаріальними послугами.

Поэтому предлагается системная и комплексная работа ученых и практиков, а не устранение отдельных ошибок путем принятия все новых и новых фрагментарных законов.

Без системного визначення сучасних проблем в нотаріаті України неможливо говорити про їх усунення і про поступальне його розвиток.

ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Взятий на удосконалення системи примусового виконання рішень судів і інших органів (обов'язкових осіб) курс, шляхом наділення частних виконавців повноваженнями по виконанню рішень, в визначеній ступені, викликає занепокоєність учених нашої кафедри.

Ця позиція обумовлена тим, що багато члени кафедри пам'ятають, як приватний нотаріат мав обмежені повноваження, згодом його повноваження розширилися, що в кінцевому підсумку привело до витіснення державного нотаріату. Чому це привело сьогодні? Якщо коротко, то, фактично, до необхідності введення муніципального нотаріату, а саме до прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України стосовно спадщини» від 20 жовтня 2014 року. Цим Законом органи місцевого самоврядування зобов'язуються забезпечити населення нотаріальними послугами, що є лише першим кроком до заміщення нотаріусів уповноваженими представниками органів місцевого самоврядування, а також наділення їх функціями державного реєстратора. По суті, має місце заміщення не тільки державного, а і приватного нотаріату, оскільки приватні нотаріуси не будуть працювати в тих регіонах, де немає достатнього доходу.

Но, така ж ситуація склеться і з частними виконавцями, які хочуть отримувати дохід від виконуваних ними робіт. Поэтому на прикладі нотаріату уже можна прогнозувати, що приватні виконавці, спочатку отримуватимуть доступ до професії, а потім будуть конку-

ривати з державними виконавцями для отримання найбільш дорогих виконавчих виробів і всіма способами, включаючи всебічне лоббування, боротьба, спочатку зменшення, а потім і ліквідація державних виконавців. В результаті виявиться, що державні виконавці будуть «витіснені» з депресивних регіонів України, а приватні виконавці туди працювати не пойдуть, так як не зможуть отримувати потрібний дохід.

Опыт общения с частными исполнителями из многих европейских стран, полученный на международных конференциях, посвященных исполнительному производству, подсказывает, что частные исполнители не будут заниматься исполнением решений о взыскании мизерных сумм, включая, штрафы в 55 грн. Поэтому высказанный прогноз о том, что частные исполнители не решат проблем с улучшением качества исполнения решений, в недалеком будущем подтвердится и те коллекторские организации, которые рвутся к получению больших полномочий, могут поставить исполнение решений перед большими проблемами, по сравнению с теми, которые возникли в нотариате.

Естественно, можно было бы привести еще больше аргументов против введения института частных исполнителей, включая, невозможность получения полномочий по принудительному исполнению частными лицами, что противоречит ст. 3 Конституции Украины, так как именно государство должно гарантировать защиту и охрану прав, а не частные лица. Можно говорить о некорректности получения в Украине частными исполнителями дохода за счет должников, когда значительная часть из них пострадала, в частности, из-за изменения курса доллара, невозможности погашения кредитов и т.п.

Но не только теоретические концепции ученых должны учитываться при репрофиліровании діяльності тих або інших правоохоронних і правозащитних органів, а і реакція населення на наслідки їх впровадження. В частині, автору, як науковому цікавому проблемі нотаріату, прийшлося вислухувати від громадянки, зіткнувшись з реальним переоформленням прав на землю, скаргу на те, що при виконанні угоди прийшлося сплачувати більше десяти квитанцій на значительную суму, а само переоформлення зайняло довгий період часу. Дане положення ця громадянка сприйняла як корупцію в сфері нотаріату. Трудно однозначно з даним тезисом погодитися, але і не приймати во увагу невдоволення громадян не можна.

АДВОКАТУРА

Також обстоїть справа і з адвокатською діяльністю, оскільки сьогодні на всіх рівнях обговорюється питання про «монополію адвокатської діяльності». Багато адвокатів, почали суттєву лоббістську діяльність по усуненню конкурентів з сфери

предоставления правовых услуг. Это объяснимо и логично, поскольку теперь адвокаты имеют свою «административную» структуру, которой нужно оправдать свое существование перед «рядовыми» адвокатами, сдающими членские взносы неизвестно на что. Если большинство адвокатов согласно тратить время и силы на формальное повышение квалификации, то они и должны объединяться, а не принуждать к этому всех.

Необходимость «адвокатской монополии» и обязательного членства аргументируют повышением уровня предоставления правовой помощи, в чем не усматривается прямой зависимости. В частности, кто сегодня учитывает, что адвокатура перестала быть независимой, поскольку значительная часть адвокатов, которые подписали договора об оказании безоплатной правовой помощи и теперь деньги получает из государственного бюджета, превратившись, фактически, в государственных адвокатов. Такая тенденция может привести к тому, что адвокаты будут служить не клиентам, а государству, которое им платит.

Поэтому сегодня важно переосмыслить существующие процессы, придать адвокату, нотариату, государственной исполнительной службе новое значение в общественных отношениях, чтобы не утратить главное в их деятельности – оказание высококачественных правовых услуг населению Украины.

Мы не можем не отметить и научное сотрудничество с нашими коллегами-учеными из разных учебных заведений Украины и зарубежных стран. Мы благодарны всем единомышленникам, которые находят время и силы

для того, чтобы приехать на наши мероприятия или пригласить нас на свои. Такое общение неоценимо, поскольку каждый из нас получает самое дорогое в наше время – информацию, опыт дискуссий, уверенность в том, что приложенные усилия не напрасны, а они востребованы и оценены. Отсюда и истекает вдохновение к дальнейшей работе, к осмыслению известных фактов по-новому.

Перечисленное выше, дает основание утверждать, что кафедра нотариального, исполнительного процесса и адвокатуры состоялась, ведет активную научную и образовательную работу, ученые кафедры преподают дисциплины на высоком научном и практическом уровне (практически все члены кафедры прошли повышение квалификации в органах исполнительной службы, нотариате, адвокатуры, являются практикующими адвокатами), поэтому дисциплины, которые преподаются на кафедре востребованы студентами, кафедра имеет вес как в научных кругах, так и непосредственные связи с практикой.

Все мы – участники конференции, при различных взглядах на современные проблемы нотариата, исполнительного производства и адвокатуры, должны объединить наши усилия, чтобы выработать объективный взгляд на пути их решения, поскольку мы служим единой цели – предоставлению гражданам качественных правовых услуг.

Особенно это актуально для граждан Украины, которые страдают от экономического кризиса, ухудшения условий жизни, военных действий на территории Украины и от непродуманных, необоснованных реформ, но заслуживают лучшей жизни.

Фурса Світлана Ярославівна
КАФЕДРА НОТАРІАЛЬНОГО ТА ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ І АДВОКАТУРИ,
ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ РОЗВИТКУ ТА РІЛЬ В РЕФОРМУВАННІ
ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

В статті проаналізована робота кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури за 5 років своєї життєдіяльності. Показанні наукові напрямки викладання кафедри та відмічена їх актуальність для держави, захисту прав і свобод людини та громадянина. Особливу увагу автор звернув на ті проблеми, які мають місце в науці та навчальному процесі при викладанні дисциплін кафедри.

Ключові слова: кафедра, нотаріальний процес, виконавчий процес, адвокатура, навчальний процес.

Fursa Svitlana
DEPARTMENT OF NOTARY, EXECUTIVE PROCESS AND ADVOCACY,
PROSPECTS OF ITS DEVELOPMENT AND ROLE IN REFORMING
THE LEGAL SYSTEM UKRAINE

The article analyzed the work of the Department of notary, executive process and Advocacy for 5 years of his life. Indications teaching research areas of the department and noted their relevance to the state, rights and freedoms of man and citizen. Special attention is paid to the problems that occur in the teaching and learning process in teaching disciplines.

Keywords: department, notary process, executive process, advocacy, educational process.

Кухнюк Дмитро Володимирович,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри нотаріального та виконавчого
процесу і адвокатури Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
адвокат, керуючий партнер адвокатського
об'єднання «Мельник, Кухнюк і партнери»

УДК 347.9

ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТА В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджуються недоліки діючого законодавства України щодо дисциплінарної відповідальності адвокатів. Наводяться пропозиції автора щодо уточнення підстав та строків притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, розширення переліку дисциплінарних стягнень та вдосконалення процедури дисциплінарного провадження щодо адвокатів.

Ключові слова: адвокат, дисциплінарна відповідальність адвоката, дисциплінарний проступок адвоката, види дисциплінарних стягнень, дисциплінарне провадження.

Актуальність теми цього дослідження зумовлена тим, що Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року суттєво змінено нормативне регулювання дисциплінарної відповідальності адвокатів, порівняно з регулюванням цього питання за майже двадцятирічну історію дії Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 року, а також Положень «Про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури» та «Про Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури». З моменту вступу в силу діючого Закону минув значний час, протягом якого, виявилися суттєві недоліки нормативно-правового регулювання дисциплінарної відповідальності адвоката і практики його застосування, які стали предметом уваги міжнародних організацій, адвокатів і практикуючих юристів та широкого обговорення в професійному середовищі, на шпальтах юридичних видань та у соціальних мережах.

Про виняткову актуальність теми дослідження свідчить також те, що одним із напрямів Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015 є посилення гарантій здійснення адвокатської діяльності та забезпечення доступності безоплатної правової допомоги, в межах реалізації якої, передбачається уточнення підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, удосконалення правил дисциплінарного провадження щодо адвоката, диференціювання видів санкцій, які можуть бути застосовані до адвоката (абз. 4 п. 5.6 Стратегії) [1].

Різні аспекти дисциплінарної відповідальності адвокатів досліджувались в працях А.М. Авторгова, Н.М. Бакаянкової, М.Ю. Бар-

щевського, О.О. Басуриної, А.М. Бірюкової, І.Л. Бронза, Т.В. Варфоломєєвої, Д.П. Ватмана, Т.Б. Вільчик, В.І. Галагана, І.В. Голованя, В.Г. Гончаренка, С.В. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, О.М. Джузи, В.В. Долежана, М.О. Жениної, О.Л. Жуковської, В.В. Заборовського, В.С. Зеленецького, А.В. Іщенко, Т.С. Коваленко, К.П. Коваль, С.М. Логінової, В.Г. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчикова, В.Т. Маляренка, А.В. Меланчук, М.М. Михеєнка, О.Р. Михайленка, Є.М. Моїсеєва, М.А. Погорецького, С.В. Подкопаєва, С.В. Прилуцького, Б.Г. Розовського, З.В. Ромовської, С.Ф. Сафулька, В.О. Святоцької, О.Д. Святоцького, М.Я. Сегая, В.В. Сердюка, М.І. Сірого, Н.В. Сибільової, З.Д. Смітєнко, В.В. Сухоноса, Н.М. Таваркіладзе, В.М. Тertiшника, В.М. Хабібулліна, П.В. Хотинця, Д.П. Фіолєвського, Є.І. Фурси, С.Я. Фурси, О.Г. Яновської та інших вчених.

Єдиним в Україні комплексним науковим дослідженням інституту дисциплінарної відповідальності адвокатів в Україні є дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук Т.С. Коваленко [2]. Проте, вказане наукове дослідження проводилось до прийняття діючого Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (надалі – «Закон»), а отже не враховує особливостей нормативно-правового регулювання дисциплінарної відповідальності адвокатів на сучасному етапі розвитку законодавства України про адвокатуру.

Діюче законодавство України про адвокатуру в частині дисциплінарної відповідальності адвоката містить значні недоліки та законодавчі колізії, які виявилися в процесі застосування діючого Закону та прийнятих на основі нього підзаконних актів. Практика кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури (надалі – «КДКА»), Вищої кваліфі-

каційно-дисциплінарної комісії адвокатури (надалі – «ВКДКА») щодо притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності є суперечливою і неоднозначною та не відповідає Європейським стандартам. Судова практика в цих питаннях є неоднаковою. Неподібною випадки переслідування адвокатів за публічні вислови та участь у діяльності органів адвокатського самоврядування стали предметом серйозного занепокоєння експертів Ради адвокатських асоціацій та правових товариств Європи [2, С. 8-11,14; 3, С. 8], Міжнародної комісії юристів [4].

До основних недоліків діючого Закону щодо дисциплінарної відповідальності адвокатів, на думку автора, можна віднести такі:

- 1) невизначене коло осіб яка можуть звернутись із (заявою) скаргою на дії адвоката;
- 2) відсутність законодавчо визначених вимог до форми та змісту заяви (скарги), яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність адвоката;
- 3) вузький перелік дисциплінарних стягнень (ч. 1 ст. 35 Закону), який не дозволяє забезпечити дотримання принципу пропорційності при обранні виду дисциплінарного стягнення [6, С. 71-73];
- 4) наявність 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), застосування якого суттєво впливає на порушення прав клієнтів адвоката;
- 5) відсутність у Законі терміну «дисциплінарний проступок адвоката» [7, С. 116];
- 6) віднесення до дисциплінарних проступків адвоката надто широких підстав таких, як порушення присяги адвоката (п. 1 ч. 2 ст. 32, п. 2 ч. 2 ст. 34 Закону);
- 7) строк притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності рахується з моменту вчинення дисциплінарного проступку та не враховує момент його виявлення (ч. 2 ст. 35 Закону);
- 8) наявність оціночних суджень, таких як «порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет адвокатури України», як підстави для застосування найсуворішого дисциплінарного стягнення (п. 4 ч. 2 ст. 34 Закону);
- 9) не повний перелік стадій дисциплінарного провадження (ч. 1 ст. 37 Закону);
- 10) відсутність положення про те, що під час обрання виду дисциплінарного стягнення стосовно адвоката враховуються характер проступку, його наслідки, особа адвоката, ступінь його вини, наявність непогашених дисциплінарних стягнень, обставини, що впливають на можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності;
- 11) наявність положення про те, що оскарження рішення в дисциплінарній справі не зупиняє його дії (ч. 1 ст. 42 Закону);
- 12) відсутність механізму погашення та дострокового зняття дисциплінарних стягнень;
- 13) відсутність у Вищій кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури права

офіційного тлумачення правил адвокатської етики (ч. 4 ст. 52 Закону).

Окрім зазначених недоліків Закону, небезпеку порушення прав адвокатів становить намагання вищих органів адвокатського самоврядування, насамперед Ради адвокатів України (надалі – «РАУ»), розширити, законодавчо визначений, перелік підстав притягнення до дисциплінарної відповідальності (ч. 2 ст. 34 Закону) та штучно змінити підвідомчість розгляду дисциплінарних справ визначену Законом (ч. 3 ст. 33 Закону).

Так, відповідно до п. 2.16 Положення про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування (нова редакція), затвердженого рішенням РАУ від 16 лютого 2013 року № 72 року із змінами та доповненнями внесеними рішенням РАУ від 4–5 липня 2014 року № 75 (надалі – «Положення про внески») порушення адвокатом порядку та строків сплати щорічних внесків вважається невиконанням рішенням органу адвокатського самоврядування та відповідно вважається дисциплінарним проступком [6].

Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року може застосовуватися виключно у разі наявності підстав визначених ч. 2 ст. 31 Закону.

Проте відповідно до п. 2.18. Положення про внески у випадку порушення адвокатом порядку сплати щорічних внесків, а також/чи прострочення встановлених цим Положенням строків їх сплати понад три місяці, до нього за поданням РАУ або ради адвокатів регіону застосовується дисциплінарне стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року. Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю може застосовуватися виключно у разі наявності підстав передбачених ч. 2 ст. 32 Закону.

Відповідно до п. 2.20 Положення про внески, якщо після закінчення строку дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю, адвокатом протягом одного року буде вчинено повторно порушення строків та/чи порядку сплати щорічних внесків, до такого адвоката може бути застосовано дисциплінарне стягнення у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України (надалі – «ЄРАУ»).

Вочевидь п. 2.18. та 2.20 Положення про внески грубо суперечать нормам ч. 2 ст. 31 та ч. 2 ст. 32 Закону у яких ідеться про застосування дисциплінарних стягнень у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року та позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю виключно в разі вчинення дисциплінарних проступків перелічених у вищевказаних статтях Закону.

Відповідно до п. 2.19 Положення про внешне, належним надсиланням, повідомленням адвоката про порушення дисциплінарної справи з підстав порушення порядку сплати (несплати, сплати не у повному розмірі, прострочення сплати) щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування, про її розгляд та про прийняття рішення щодо порушеної дисциплінарної справи є також надсилання такої інформації адвокату на зазначену в ЄРАУ електронну пошту чи розміщення відповідної інформації на офіційному веб-сайті Національної асоціації адвокатів України (надалі – «НААУ»), що вочевидь порушує норми ч. 2 ст. 39, ч. 2 ст. 40 та ч. 3 ст. 41 Закону.

У Положенні про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність, затвердженому рішенням РАУ від 30 серпня 2014 року № 120 (надалі – «Положення») [7] РАУ зроблена чергова спроба розширеного тлумачення Закону в частині притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Як зазначено у п. 1 цього Положення його розроблено з метою офіційного тлумачення відповідності поведінки адвокатів вимогам законодавства України про адвокатуру та адвокатську діяльність та етичним стандартам, а також регламентації дисциплінарного провадження стосовно адвокатів. Поряд із дублюванням норм Закону щодо притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, окремі приписи цього Положення явно виходять за межі Закону. Зокрема, Положенням щодо належної поведінки адвоката визначено принцип презумпції невинуватості у дисциплінарному провадженні (п. 7 Положення); встановлені вимоги до форми та змісту заяви (скарги) на дії адвоката (п. 14 Положення); передбачено, що заяви (скарги) оформлені без дотримання зазначених вимог повертаються заявникові (скаржникові) з відповідними роз'ясненнями, не пізніше десяти днів від моменту їх надходження (п. 15 Положення); наділяє голову КДКА одноособовим правом повернення заяв (скарг) та залишення їх без розгляду (п.19 Положення); передбачає вибіркочу реєстрацію заяв (скарг) (п. 20 Положення); закріплює колізійну норму про перерозподіл ВКДКА заяв (скарг) щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності адвокатів, яких обрано до органів адвокатського самоврядування, або якщо скаржниками виступають адвокати, яких обрано до органів адвокатського самоврядування та направлення таких заяв (скарг) для розгляду до КДКА іншого регіону, ніж регіон, в якому зазначений адвокат входить до складу органів адвокатського самоврядування (п.п. 22, 23 Положення); встановлює вимоги до форми та змісту заяви на рішення дисциплінарної палати КДКА у дисциплінарній справі, що подається до ВКДКА (п. 36 Положення) та визначає наслідки її оформлення без дотримання зазначених вимог (п. 37 Положення); встановлює можливість відкладення, зупинення або оголошення

перерви в засіданні дисциплінарної палати КДКА під час розгляду дисциплінарної справи (п.41, 42 Положення); встановлює вимоги до змісту протоколу засідання дисциплінарної палати КДКА (п. 48 Положення); визначає порядок прийняття рішення в дисциплінарній справі та право члена дисциплінарної палати КДКА на особисте викладення окремої думки щодо конкретного рішення (п. 55 Положення). Прикметним є п. 52 Положення, відповідно до якого до адвоката застосовується дисциплінарне стягнення у вигляді попередження, якщо можливість застосування іншого стягнення за вчинений ним дисциплінарний проступок не передбачена законом. Отже в разі вчинення дисциплінарного проступку у вигляді невиконання рішення органу адвокатського самоврядування через порушення адвокатом порядку та строків сплати щорічних внесків, до адвоката може бути застосоване дисциплінарне стягнення у вигляді попередження, оскільки такий дисциплінарний проступок не входить до переліку дисциплінарних проступків виключно за вчинення яких до адвоката можуть бути застосовані дисциплінарні стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року та позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю (ч. 2 ст. 31 та ч. 2 ст. 32 Закону).

Окремі положення Правил адвокатської етики (надалі – «ПАЕ») [8], які визначають особливості притягнення до дисциплінарної відповідальності за порушення цих Правил також не відповідають нормам Закону, що регулюють дисциплінарну відповідальність адвоката. Так ч. 1 ст. 63 ПАЕ, всупереч ч. 1 ст. 33 Закону, передбачає, що за порушення цих Правил до адвоката можуть бути застосовані заходи дисциплінарної відповідальності в порядку, встановленому не лише Законом, а й іншим законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність, а також актами НААУ.

Також, ч. 2 ст. 63 ПАЕ передбачено особливий порядок визначення місця притягнення до дисциплінарної відповідальності за порушення цих Правил адвокатів членів органів адвокатського самоврядування або в разі якщо скаржниками стосовно порушення ПАЕ виступають самі члени органів адвокатського самоврядування, який передбачає перерозподіл ВКДКА та направлення таких заяв (скарг) для розгляду до КДКА іншого регіону, ніж регіон, в якому зазначений адвокат входить до органів адвокатського самоврядування.

Вочевидь, що положення ч. 1 та ч. 2 ст. 63 ПАЕ є колізійними по відношенню до ч. 1 та ч. 3 ст. 33 Закону та виходячи з вищої юридичної сили Закону по відношенню до ПАЕ, як підзаконного акту, колізії що закладені в цих нормах мають тлумачитись на користь саме Закону.

У зв'язку з викладеним, автор пропонує при внесенні змін до діючого Закону врахувати пропозиції що викладені нижче.

1. Визначити коло осіб, які мають право звернутись із скаргою на дії адвоката або визначити вичерпний перелік звернень, які можуть бути підставою для порушення дисциплінарного провадження. Такими особами можуть бути, наприклад: 1) клієнт або особа якій було відмовлено у наданні правової допомоги; 2) інший адвокат; 3) суддя який розглядав справу в якій адвокат здійснював захист або представництво; 4) голова регіональної ради адвокатів або його заступники; 5) керівник центру з надання вторинної безоплатної правової допомоги.

Це виключить можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності в разі побутових конфліктів.

2. Встановити чіткі вимоги до форми та змісту заяви (скарги), яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність адвоката.

3. Розширити перелік дисциплінарних стягнень, для забезпечення дотримання принципу пропорційності при обранні виду дисциплінарного стягнення, наприклад: 1) зауваження; 2) попередження; 3) догана; 4) сувора догана; 5) позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю.

4. Відмовитись від зупинення адвокатської діяльності на строк від одного місяця до одного року як виду дисциплінарного стягнення, оскільки таке стягнення зачіпає інтереси, в першу чергу, клієнта адвоката.

5. Законодавчо визначити термін «дисциплінарний проступок адвоката».

6. Відмовитись від такого складу дисциплінарного проступку, як порушення присяги адвоката, як всеохоплюючої та надто широкої підстави для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Щодо суддів такого виду проступку вже не існує.

7. Передбачити, що дисциплінарне стягнення до адвоката застосовується протягом одного року із дня вчинення проступку але не пізніше шести місяців з дня виявлення дисциплінарного проступку.

8. Відмовитись від оціночних суджень, таких як «порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет адвокатури України», як підстави для застосування найсуворішого дисциплінарного стягнення.

9. Додати до переліку стадій дисциплінарного провадження стадію оскарження та перегляду рішення в дисциплінарній справі.

10. Передбачити наявність вини як обов'язкової умови притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності та дію принципу презумпції невинуватості у вчиненні дисциплінарного проступку під час всього дисциплінарного провадження до вступу дисциплінарного стягнення в силу.

11. Передбачити обставини, які виключають можливість дисциплінарного провадження щодо адвоката та підстави повернення скарги без розгляду

12. Передбачити, що під час обрання виду дисциплінарного стягнення стосовно адвоката враховуються характер проступку, його наслідки, особа адвоката, ступінь його вини,

наявність непогашених дисциплінарних стягнень, обставини, що впливають на можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

13. Передбачити, що оскарження рішення в дисциплінарній справі зупиняє його застосування.

14. Передбачити механізм погашення та строкового зняття дисциплінарних стягнень.

15. Залишити єдиний підхід стосовно визначення КДКА, яка розглядатиме дисциплінарне провадження (за адресою основного робочого місця адвоката вказаного у ЄРАУ), незалежно від того чи є адвокат членом органу адвокатського самоврядування.

16. Наділити ВКДКА виключним правом тлумачення ПАЕ замість з'їзду адвокатів і РАУ.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки: Указ Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>
2. Коваленко Т.С. Дисциплінарна відповідальність адвокатів : автореф. дис. ... канд. юр. наук / Коваленко Т.С.; Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України. – К., 2010. – 20 с.
3. Звіт місії ССВЕ до Києва щодо виявлення фактів 10-12 липня 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_REV_MISSION_REPOR1_1387204993.pdf.
4. Звіт ССВЕ про подальші заходи по Україні від 26 лютого 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/26022014_EN_FINAL_FO1_1395651497.pdf.
5. Доповідь Міжнародної комісії юристів від 11 лютого 2014 р.: «Україна: конфлікт, позбавлення права займатись адвокатською діяльністю та призупинення дії ліцензій на здійснення адвокатської діяльності» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.refworld.org/pdfid/530cb40d4.pdf>
6. Звіт експертів Ради Європи «Професія адвокат» [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/judic_reform/Eastern_Partnership_ReportontheProfessionofLawyer_rus.pdf.
7. Заборовський В.В. Дисциплінарний проступок як підстава дисциплінарної відповідальності адвоката Науковий вісник Ужгородського національного університету Серія Право. Випуск 31. Том 3 С. 116 – 118.
8. Положення про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування (нова редакція) від 16 лютого 2013 року: Рішення РАУ № 72 року із змінами та доповненнями від 4-5 липня 2014 року: Рішення РАУ № 75 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/2014.07.04-05-pologennya-75.pdf>

9. Положенні про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність від 30 серпня 2014 року Рішення РАУ № 120 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/2014.08.30-pologennya-120.pdf>

10. Правила адвокатської етики [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vkdko.org/pravil-advokatskoji-etiki/>.

Кухнюк Дмитрій Владимирович
**ДИСЦИПЛИНАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ АДВОКАТА В УКРАИНЕ:
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**

В статье исследуются недостатки действующего законодательства Украины относительно дисциплинарной ответственности адвокатов. Приводятся предложения автора относительно уточнения оснований и сроков привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности, расширения перечня дисциплинарных взысканий и усовершенствования процедуры дисциплинарного производства относительно адвокатов.

Ключевые слова: адвокат, дисциплинарная ответственность адвоката, дисциплинарный проступок адвоката, виды дисциплинарных взысканий, дисциплинарное производство.

Dmitriy Kuhnyuk
**ADVOCATES' DISCIPLINARY LIABILITY IN UKRAINE:
THE PROBLEMS OF LEGAL REGULATION**

The disadvantages of current of Ukrainian legislation in force concerning advocates' disciplinary liability are being discovered in the article. The author presents his suggestions regarding clarification of grounds and terms of bringing an advocate to disciplinary liability, expanding the list of disciplinary sanctions and improving the disciplinary proceedings against advocates.

Key words: advocate, advocate disciplinary liability, disciplinary offence, types of disciplinary sanctions, disciplinary proceeding.

Касьян Людмила Викторовна,

студентка 4 курсу, 18 групи юридичного факультету

КНУ ім. Тараса Шевченка

УДК 347.965

ПРИНЦИП УНИКНЕННЯ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ АДВОКАТОМ КОНСУЛЬТАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

У статті розкрито підходи щодо наукового розуміння проблеми уникнення конфлікту інтересів при здійсненні адвокатської діяльності. Розглянуто можливі випадки виникнення конфлікту інтересів при здійсненні адвокатом консультативної діяльності в цивільних справах. Проведено аналіз норм чинного законодавства України та положень міжнародних нормативно-правових документів, які регламентують питання вирішення конфлікту інтересів при здійсненні адвокатом консультативної діяльності.

Ключові слова: адвокат, принцип, конфлікт, інтерес, діяльність, консультація.

Постановка проблеми. Питання конфліктів інтересів в адвокатській діяльності є доволі малодослідженим як вітчизняними науковцями, так і зарубіжними. Проте сама адвокатська діяльність (як соціальна) у більшості випадків здійснюється саме у конфліктному середовищі, що виникає внаслідок дій в інтересах клієнта та відповідної протидії іншої сторони. Вся адвокатська діяльність супроводжується психологічним тиском та систематичним стресом сторін, що призводить і до професійної деформації. Загалом, сам по собі інтерес виявляє реальний статус особи в суспільстві, є визначальним індикатором соціальної ролі людини, надзвичайно важливим фактором її дій. Інтерес викликає потребу змін, що тягне за собою соціальні контакти, а відповідно – сутічку протилежних, таких, що не можуть бути сумісними одне з одним, інтересів, і, як їх наслідок, протиріччя та конфлікт.

Стан дослідження. Дослідження принципів адвокатури і, в тому числі, принципу уникнення конфлікту інтересів є актуальним як для науковців-теоретиків, так і для практикуючих юристів-фахівців. Окремим аспектам принципів адвокатської діяльності свої наукові праці присвячували такі вчені, як Т.В. Варфоломеєва, І.Ю. Гловацький, Я.П. Зейкан, П.Є. Короткова, Ю.О. Кухарук, Н.О. Обловацька, О.Д. Святоцький, Л.В. Тацій, С.Я. Фурса, В.М. Хабіббулін, П.В. Хотенець, О.Г. Яновська та інші. Проте зауважимо, що не було ґрунтовно розкрито принцип уникнення конфлікту інтересів при здійсненні адвокатом консультативної діяльності.

Метою статті є спроба дослідити принцип уникнення конфлікту інтересів саме в консультативній діяльності адвоката на сучасному етапі реформування інституту адвокатури в Україні.

Виклад основного матеріалу. При аналізі проблеми конфлікту інтересів необхідно враховувати те, що на нашу думку, сам по собі конфлікт не породжує порушення інтересів зацікавленої сторони, а лише створює сприятливі умови для такого порушення.

У найпростішому варіанті виникнення конфлікту інтересів останній виникає, коли адвокат починає надавати юридичні послуги клієнту, інтереси якого суперечать інтересам іншого клієнта даного адвоката, який є чи який був на обслуговуванні у адвоката, або інтересам самого адвоката. Більше того, варто зазначити, що мова йде не про будь-які інтереси, а інтереси, захищені правом.

У п. 8 ч. 1 ст.1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» законодавцем надано визначення конфлікту інтересів як суперечності між особистими інтересами адвоката та його професійними правами й обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи не вчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності [2].

Тобто, як бачимо, конфлікт інтересів на рівні закону розуміється лише як протиріччя між інтересами та обов'язками адвоката. Інші сфери конфлікту інтересів законодавцем не враховані. На нашу думку, таке розуміння суті конфлікту не відповідає як ustalеній практиці, так і міжнародно-правовим актам щодо цього. Оскільки не береться до уваги, що конфлікти інтересів в адвокатській діяльності за структурою ми можемо поділити на ті, що виникають між інтересами адвоката та клієнта (вертикальні), та ті, що виникають між інтересами клієнтів (горизонтальні), а на практиці не виключається і третій різновид таких конфліктів – змішаних, в яких існують конфлікти і між

інтересами клієнтів, і між інтересами клієнта та інтересами адвоката. Окрім того, за ознакою реальності конфлікту інтересів ми можемо виділити реальні конфлікти та уявні конфлікти інтересів [7].

Зауважимо, що для будь-якого клієнта важливим питанням є порядність, чесність, добросовісність адвоката, довіра до нього, не пов'язаність адвоката з інтересами інших осіб (у тому числі і самого адвоката), зобов'язаннями перед ними, що може нашкодити самому клієнту. Питання уникнення конфлікту інтересів в адвокатській діяльності Правилами адвокатської етики регулюються в преамбулі, ст.ст. 9, 16, 20, 21, 35, 36, 40, 42, 51, 53. Правила по стадіям визначають необхідну поведінку адвоката для уникнення конфлікту інтересів [6].

Принципи адвокатської діяльності є взаємопов'язаними та такими, що в казусних ситуаціях обмежують дію одне одного. У даному випадку принцип уникнення конфлікту інтересів обмежує дію принципу свободи вибору клієнтом свого захисника внаслідок дії принципу конфіденційності адвокатської діяльності. Проте, на нашу думку, таке обмеження не можна вважати негативним. Справа лише в тому, що адвокат зобов'язаний робити все для уникнення таких ситуацій, оскільки конфлікт інтересів може спричинити негативні наслідки не лише для самих клієнтів, але і для адвоката. Адже у разі створення конфлікту адвокат повинен бути притягнутий до відповідальності.

Цивільно-процесуальне законодавство забороняє особі бути одночасно представником іншої сторони, третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору або беруть участь у справі на другій стороні (ч. 2 ст. 40 ЦПК України) [1]. А Правила адвокатської етики 2012 р. встановлюють обов'язкові вимоги до адвоката уже на стадії прийняття доручення клієнта (ст.ст. 16, 20), тобто дані вимоги відповідно повинні бути дотримані адвокатом і при наданні консультативної діяльності [6]. Проте необхідно зазначити, що все залежить від моменту виявлення адвокатом наявності конфлікту інтересів, адже найбільш прийнятними є три випадки виявлення конфлікту інтересів:

1) на етапі підготовки до надання консультації адвокатом – у такому разі адвокат повинен попередити особу про неможливість надання правової допомоги завчасно, тобто навіть до проведення консультації;

2) під час проведення консультації – тобто між адвокатом та клієнтом уже виникли відповідні правовідносини, але з метою уникнення порушення принципів здійснення адвокатської діяльності адвокат повинен відмовитися від надання подальших юридичних послуг;

3) у процесі реалізації адвокатом договору – такий договір має бути розірваний (ч. 5 ст. 9, ст. 35 Правил адвокатської етики). При визначенні того, з ким із клієнтів розірвати договір, адвокат має виходити із зіставлення можливостей рівноцінного представництва

інтересів кожного з них іншим адвокатом, важливості прав та інтересів, пов'язаних з предметом доручень, строків необхідного здійснення дій по кожному з доручень, розміру передбачуваної шкоди, що може бути заподіяна кожному із клієнтів внаслідок розірвання з ним договору про надання правової допомоги (ч. 2 ст. 35 Правил адвокатської етики) [6].

На жаль, виходячи з досліджень практики адвокатської діяльності, існують випадки, коли адвокат допускає порушення принципу уникнення конфлікту інтересів. «Був випадок, коли адвокат, беручи участь у судовому процесі, виступав як позивачем, так і стягувачем щодо свого клієнта в судовому процесі в 2011 році, що підтверджено рішенням суду, та в іншому судовому процесі з іншим позовом щодо свого клієнта в 2013 році, за яким він отримує також заочне рішення від 21.03.2013 року про стягнення суми боргу за договором позики з того ж таки клієнта», – ділиться випадками порушення адвокатської етики фахівець, член КДКА Київської області Микола Очкольд. Проте в такому випадку, на нашу думку, порушення було допущено як на стадії консультування та прийняття доручення клієнта, так і процесуальне порушення [5].

Пропонуємо також проаналізувати зміни у визначенні поняття конфлікту інтересів, у зв'язку з необхідністю внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

19 січня 2015 року у Верховній Раді України зареєстровано Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування органів адвокатського самоврядування), запропонований народним депутатом України Ігорем Лапіним, в якому конфлікт інтересів – суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності.

02 березня 2015 року у Верховній Раді України зареєстровано проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (нова редакція)» (ініціатором – Дмитро Лубінець), в якому конфлікт інтересів – суперечність між особистими інтересами адвоката або інтересами клієнта, якому адвокат надавав (надає) правову допомогу, здійснював (здійснює) його захист або представництво та професійними правами і обов'язками адвоката, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час здійснення адвокатом його професійної діяльності.

Також, 04 лютого 2015 року у Верховній Раді України зареєстровано законопроект №1794-1 «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та деяких інших законодавчих актів

України (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування і роботи органів адвокатського самоврядування)» (авторами якого є народні депутати Купрієнко О.В., Ляшко О.В., Амельченко В.В., Герашченко А.Ю., Сидорович Р.М., Острікова Т.Г., Ленський О.О., Левченко Ю.В.), в якому конфлікт інтересів – суперечність між особистими інтересами адвоката, інтересами клієнта, якому адвокат надавав (надає) правову допомогу, здійснював (здійснює) його захист або представництво та професійними правами і обов'язками адвоката, або ризик такої суперечності, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час здійснення адвокатом його професійної діяльності [9].

Проте на останньому обговоренні тексту законопроекту Закону «Про внесення змін до Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яке відбулося 25 березня 2016 року, який окрім прав та гарантій адвокатської діяльності, зокрема стосується процедури допуску до адвокатської діяльності та роботи органів адвокатського самоврядування, не містить визначення поняття конфлікту інтересів, зазначаючи, що даний пункт виключений з відповідної статті [8], що викликає певні питання.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що у разі виникнення конфлікту інтересів у адвокатській діяльності він може спричинити виникнення реальної загрози інтересам клієнтів, підірвати авторитет інституту адвокатури в цілому, виникнення недовіри між адвокатом та клієнтом.

Недотримання адвокатом умов реалізації принципу уникнення конфлікту інтересів призводить до притягнення його до дисциплінарної відповідальності на підставі ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [2].

Зауважимо, щодо обов'язків адвоката уникати конфлікту інтересів згадано у Віденській Резолюції МАЮ від 06.06.1998 р. з приводу ослаблення регулювання спілки юристів [3].

У свою чергу, Європейський парламент відсутність конфлікту інтересів відніс до основних цінностей юридичної професії (абз. 1 п. «А», п. «Е» Резолюції Європейського парламенту по адвокатури та спільних інтересах у функціонуванні правових систем від 23.03.2006).

Цю тенденцію відобразила і Хартія основоположних принципів діяльності європейських

адвокатів Ради адвокатських об'єднань і спілок адвокатів Європи. Хартія до основоположних принципів відносить і уникнення конфлікту інтересів між різними клієнтами або між клієнтом і адвокатом (п. «с») [4].

Щодо внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», то дані зміни, на нашу думку, не повинні ніяким чином звузити поняття конфлікту інтересів і, більше того, не можуть виключити дане визначення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – Ст. 282.
2. Карпычев М.В. Конфликт интересов: некоторые проблемы теории и практики гражданского права / Карпычев М.В. // Вестник Нижегородской академии МВД России. – 2012. – № 18. – С. 74-79.
3. Правила адвокатської етики // Затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17.11.12 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdk.org/pravil-advokatskoji-etiki/>
4. Цивільно-процесуальний кодекс: Закон від 18.03.2004 № 1618-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
5. Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 21.06.2013р. № V-007/2013 [Електронний ресурс]. – 2013. – Режим доступу : <http://document.ua/pro-pritjagnennja-advokata-do-disciplinarnoyi-vidpovidalnost-doc155742.html>.
6. Офіційний веб-портал Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://portal.rada.gov.ua/>.
7. Ради з питань судової реформи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://jrc.org.ua/steps/step/advokatura_ta_bezoplatna_pravovadpomoga.
8. Резолюция МАЮ по поводу ослабления регулирования сообщества юристов [Електронний ресурс] // Expert Support of Human Rights Activity. – 1998. – Режим доступу : <https://eshra375.files.wordpress.com/2014/01/resolution-onderegulating-the-legal-profession-1998.pdf>.
9. Code of Conduct for the Danish Bar and Law Society (Rules and policy adopted by the General Council of the Danish Bar and Law Society) [Електронний ресурс]. – 2008. – Режим доступу : <http://www.advokatsamfundet.dk/Soeg.aspx?sw=code%20of%20conduct&gi=1320051238>.

Касьян Людмила Викторовна

ПРИНЦИП ИЗБЕЖАНИЯ КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ АДВОКАТОМ КОНСУЛЬТАТИВНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛАХ

В статье раскрыты научные взгляды относительно понимания проблемы избежания конфликта интересов при осуществлении адвокатской деятельности в гражданских делах. Рассмотрено случаи возникновения конфликта интересов при осуществлении адвокатом консультативной деятельности. Проведен анализ норм действующего законодательства Украины и положений международных нормативно-правовых документов, регламентирующих вопросы разрешения конфликта интересов при осуществлении адвокатом консультативной деятельности.

Ключевые слова: адвокат, принцип, конфликт, интерес, деятельность, консультация.

Liudmyla Kasian

**THE PRINCIPLE FOR PREVENTION OF CONFLICT OF INTEREST
IN THE ADVISORY ACTIVITY OF THE ATTORNEY IN CIVIL CASES**

In the provisions of a scientific article, the author reveals the scientific views regarding the understanding of the problem of prevention of conflict of interests in the exercise of advocacy. The author also reveals the possible cases of conflict of interest in the advisory activity of the attorney in civil cases. The analysis of the current legislation of Ukraine and provisions of international legal documents regulating issues of conflict of interest in its advocacy activity.

Key words: attorney, principle, conflict, interest, activit, consultation.

Кафідов Василь Валерійович,
студент юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
спеціалізація «Виконавче право та процес»,
ОР «магістр» 2-й р.н.
Науковий керівник: к.ю.н., доц. Кухнюк Д.В.

УДК 347.9

**УЧАСТЬ АДВОКАТА ЯК ПРЕДСТАВНИКА СТОРОНИ
У ПРОЦЕСІ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ**

Стаття присвячена розгляду деяких особливостей участі адвоката у процесі виконання судового рішення як представника сторони, зокрема виявленню його переваг перед іншими суб'єктами добровільного представництва. Звернута увага на необхідність закріплення представництва адвокатом інтересів сторони у виконавчому провадженні як окремого виду адвокатської діяльності. Автор формулює пропозиції щодо вдосконалення нормативного регулювання цього інституту.

Ключові слова: адвокат, виконавчий процес, представництво, вид адвокатської діяльності, право на захист, стягувач, боржник.

Невід'ємною складовою забезпечення права особи на справедливий суд є виконання судового рішення, ухваленого її справі. Практика Європейського суду з прав людини свідчить про те, що передбачене пунктом 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [1] право на справедливі судовий розгляд було б ілюзорним, якби правова система держави допускала, щоб остаточне судове рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося. У свою чергу, саме представництво особи адвокатом з огляду на його правовий статус у державі найбільш повно може гарантувати право кожного на правовий захист, закріплений також Конституцією України [2]. Відповідно до рішення Конституційного Суду України №18-рп/2012 від 13.12.2012 р. виконання судового рішення є невід'ємною складовою права кожного на судовий захист і охоплює, зокрема, визначений у законі комплекс дій, спрямованих на захист і поновлення порушених прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави [3]. Однак, нормативне регулювання інституту представництва сторін виконавчого процесу адвокатом в чинному законодавстві України не можна вважати завершеним.

Правовий статус суб'єктів виконавчого процесу та особливості здійснення представництва сторін адвокатом у виконавчому

процесі досліджувався такими вченими, як Ю.В. Білоусов, С.С. Бичкова, Д.П. Ватман, М.В. Вінциславська, В.А. Кройтор, Д.В. Кухнюк, П.П. Заворотько, Я.П. Зейкан, І.В. Решетнікова, М.М. Фролов, С.Я. Фурса, В.В. Цюра, С.В. Щербак, М.И. Штефан та інші. Однак, на сьогодні у зв'язку із проведенням судової реформи набувають актуальності нові напрямки забезпечення належного правового регулювання інституту представництва сторін адвокатом у виконавчому процесі.

Метою статті є виявлення особливостей представництва адвокатом інтересів сторін у виконавчому процесі та шляхи вдосконалення його нормативного регулювання.

Стадія виконання рішення потребує активної діяльності насамперед сторін, а не державних виконавців. Через зіткнення інтересів стягувача і боржника на цій стадії реальне здійснення сторонами своїх прав може бути ускладнене, що особливо стосується інтересів стягувача [4, с. 80]. Відповідно до частини 2 статті 8 Закону України «Про виконавче провадження» [5] стягувачем є фізична або юридична особа, на користь чи в інтересах якої видано виконавчий документ. Боржником є фізична або юридична особа, яка зобов'язана за рішенням вчинити певні дії (передати майно, виконати інші обов'язки, передбачені рішенням) або утриматися від їх вчинення. Сторони можуть реалізовувати свої права і обов'язки

у виконавчому процесі самостійно або через представників. У свою чергу, представник відповідно до процесуального положення є окремим суб'єктом виконавчого провадження.

На сьогодні є підстави розглядати процесуальне представництво у виконавчому процесі як самостійний інститут виконавчого процесуального права, що характеризується власною метою, суб'єктивним складом, характером правовідносин, що виникають між представником та особою, представництво інтересів якої здійснюється, підставами виникнення, наслідками вчинення процесуальних дій [6, с. 44]. В межах цього інституту існує законне і добровільне представництво. Найбільш поширеним різновидом останнього є представництво, що здійснюється адвокатами та іншими фахівцями в галузі права.

Представництво адвокатом інтересів сторони у виконавчому процесі можна розглядати як процесуальну діяльність представника, тобто сукупність здійснюваних ним від імені іншої особи процесуальних дій [7, с. 155]; правовідношення, на підставі якого одна особа здійснює в межах наданих повноважень процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи [8, с. 201–202]; форму надання правової допомоги [9, с. 161]. М.А. Вікут зазначає, що адвоката-представника, як учасника виконавчого провадження характеризує три аспекти – це особа, що здійснює у виконавчому провадженні дії: від імені сторони; в інтересах сторони; у межах наданих йому повноважень [10, с. 512].

Адвокат у виконавчому процесі може виступати представником як стягувача, так і боржника. При чому одна й та сама особа не може бути одночасно представником іншої сторони. Такий висновок обумовлюється виникнення в такому разі конфлікту інтересів, адже вони є протилежними у сторін виконавчого процесу. Крім того, відповідно до етичних вимог у разі відмови представника від наданих йому повноважень представник не може бути у цьому ж виконавчому провадженні представником іншої сторони.

Представництво адвокатом можливе у будь-якій справі і на будь-якій стадії судового процесу. Виділяють такі форми участі адвоката у виконавчому процесі: продовження процесуального представництва у цивільному (адміністративному, господарському) процесі, де адвокат здійснював представництво інтересів позивача або відповідача (третьої особи); безпосередня участь адвоката лише в процесі вчинення виконавчих дій у державній виконавчій службі [6, с. 45]. Вважаємо, що ефективність захисту прав та інтересів сторони багато в чому залежить від стадії залучення адвоката до виконавчого провадження. Звернення до адвоката з моменту фактичного здійснення виконавчих дій може ускладнити роботу адвоката. Тому доцільним є участь одного адвоката, як у процесі судового розгляду, так і в процесі виконання рішення. Отже, договір про надання правової допомоги не повинен орієнтувати адвоката виключно на роботу

в судовому процесі до моменту вирішення справи, але і повинен передбачати його участь у процедурі ухваленого судом рішення.

Аналіз відповідної нормативної бази свідчить про те, що володіння правовим статусом адвоката надає особі ряд переваг і додаткових гарантій перед іншими юристами у процесі здійснення захисту прав клієнта. Такий висновок пов'язаний із тим, що лише за адвокатом спеціальним законодавством закріплені перелік професійних прав, порушення яких тягне за собою відповідальність. Проте він же покладає і підвищену відповідальність на нього. За порушення своїх професійних обов'язків лише адвокат може бути притягнений до дисциплінарної відповідальності.

На наш погляд, значення участі адвоката у процесі виконання рішення обумовлюється наступним: наявністю у нього спеціальних знань у сфері права; особливим статусом адвокатури у державі, що передбачає наділення його додатковими правами і гарантіями, в порівнянні з пересічними громадянами та іншими юристами; обізнаністю із практикою виконання аналогічних рішень в силу професійної діяльності.

Зазначене дозволяє стверджувати, що саме представництво сторони виконавчого процесу адвокатом найбільш повно гарантує її право на справедливий суд в частині виконання судового рішення.

Однак, в Законі України «Про виконавче провадження» відсутні прямі посилання на участь адвоката у виконавчому провадженні, коло його повноважень на цій стадії процесу та інші особливості. У свою чергу, в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [11] відсутнє закріплення такого виду адвокатської діяльності, як представництво сторони у процесі виконання судових рішень. На наш погляд, такі положення потребують змін.

Так, незважаючи на таку вагому роль участі адвоката в процесі виконання судового рішення, стаття 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яка закріплює види адвокатської діяльності, не містить такого її напрямку як представництво сторони у виконавчому провадженні. В той же час цією статтею серед видів адвокатської діяльності названі «представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами». Власне поняття представництва у пункті 9 статті 1 чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» сформульовано таким чином, що складається враження про виключний перелік видів представництва, що є некоректним, оскільки участь адвоката у виконавчому провадженні відповідає ознакам представництва і становить окрему стадію юрисдикційного вирішення справи.

Отже, серед видів правової допомоги, що надається адвокатам слід закріпити ще один

вид – представництво адвокатом інтересів сторони у виконавчому провадженні. Аргументами на користь цього є наступне:

1) виконавче провадження представляє собою окрему стадію юрисдикційного процесу, що характеризується власними учасниками, цілями, етапами, характером правовідносин, джерелами правового регулювання тощо;

2) процесуальне представництво у виконавчому процесі є самостійним інститутом виконавчого процесуального права (виконавчого процесу), що зумовлене особливою роллю права на юридичний захист, як одного із засадничих принципів виконавчого процесу. При чому добровільне та законне представництво різняться за юридичними ознаками, тому є підстави віднести діяльність представника-адвоката до окремого субінституту процесуального представництва у виконавчому провадженні;

3) роль і значення участі адвоката у процесі виконання рішення обумовлюється специфікою його правового статусу;

4) участь адвоката у виконавчому провадженні не завжди пов'язана із продовженням процесуального представництва у судовому процесі, де адвокат здійснював представництво інтересів позивача або відповідача (третьої особи), а може втілюватися у формі безпосередньої участі адвоката лише в процесі виконання судового рішення;

5) за ознаками правової природи представництво клієнта у виконавчому провадженні тотожне представництву у судовому провадженні.

Відповідним положення повинна бути доповнена стаття 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Зокрема, видається доцільним викласти пункт 6 частини 1 статті 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у такій редакції: «представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також у виконавчому провадженні і під час виконання та відбування кримінальних покаран». Відповідні зміни повинні сосуватися і інших статей спеціального закону, в яких ідеться про здійснення адвокатом представництва: зокрема, ч. 1 ст. 1 (визначення поняття представництва); ч. 3 ст. 26 (щодо підтвердження повноважень адвоката як представника).

В цьому контексті слід відмітити, що з деякими термінологічними відмінностями зареєстровані на сьогодні законопроекти щодо внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», зокрема законопроект №1794-1 від 04.02.2015 [12] та законопроект, запропонований членами Ради з питань судової реформи [13] передбачають доповнення цього закону положенням про представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у виконавчому провадженні як окремий вид адвокатської діяльності.

З метою закріплення правового положення адвоката як представника у процесі

виконання судового рішення слід також доповнити статтю 9 Закону України «Про виконавче провадження» «Представництво сторін у виконавчому провадженні» таким положенням: «Представником стягувача або боржника у виконавчому процесі може бути адвокат, відомості про якого внесені до Єдиного реєстру адвокатів України».

Таким чином, переваги адвоката, як представника сторони виконавчого провадження полягають у наділенні його законодавством особливим правовим статусом, а також гарантіями діяльності. Це свідчить про те, що адвокати мають більше правових інструментів у досягненні бажаного для клієнта результату. З метою належного відображення особливостей такого представництва видається за доцільне внести до законодавства наступні зміни:

– у статті 9 Закону України «Про виконавче провадження» окремо закріпити можливість участі адвоката, відомості про якого внесені до Єдиного реєстру адвокатів України, як представника сторони;

– статтю 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» доповнити ще одним видом адвокатської діяльності – представництво адвокатом інтересів сторони у виконавчому провадженні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 // Офіційний вісник України від 16.04.1998 р., № 13, / № 32 від 23.08.2006 /, стор. 270.
2. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Рішення Конституційного Суду України №18-рп/2012 від 13.12.2012 (справа про стягнення заборгованості з підприємств паливно-енергетичного комплексу) // Офіційний вісник України офіційне видання від 29.12.2012 р., № 98, стор. 13, стаття 3973, код акту 65069/2012.
4. Кухнюк Д. В. Осуществление адвокатом представительства в исполнительном процессе Украины / Д. В. Кухнюк. // *Legea si viata*. – 2016. – С. 80–83.
5. Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 № 606-XIV // Відомості Верховної Ради України від 18.06.1999 – 1999 р., № 24, стаття 207
6. Щербак, С. В. Представництво у виконавчому процесі [Текст] / С. В. Щербак // *Правовий вісник Української академії банківської справи*. – 2013. – N 1(8). – С. 44-49.
7. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : Академічний курс : підручник / М. Й. Штефан. – К. : Вид. Дім "In Jure", 2005. – 624 с.
8. Цивільний процес України: Академічний курс : підручник / за ред. С. Я. Фурси. – К. : Вид. С. Я. Фурса: КНТ, 2009.– 848 с.
9. Зейкан Я. П. Захист у цивільній справі : науково-практичний коментар / Я. П. Зейкан. – К. : КНТ, 2007.– 484 с.

10. Викут М.А. Участники исполнительного производства // Система гражданской юрисдикции в конце XX века: современное состояние и перспективы развития // Межвуз. сб. науч. труд. – Екатеринбург, 2000.
11. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» // Відомості Верховної Ради України офіційне видання від 05.07.2013 р., № 27, стор. 1438, стаття 282.
12. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та деяких інших законодавчих актів

України (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування і роботи органів адвокатського самоврядування) // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53817

13. Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/f59d849ee7f72252cc4a500e6d454074.pdf>.

Кафидов Василий Валерьевич
УЧАСТИЕ АДВОКАТА КАК ПРЕДСТАВИТЕЛЯ СТОРОНЫ
В ПРОЦЕССЕ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ

Статья посвящена рассмотрению особенностей участия адвоката в процессе исполнения судебного решения как представителя стороны, в частности выявлению его преимуществ перед другими субъектами добровольного представительства. Обращено внимание на необходимость закрепления представительства адвокатом интересов стороны в исполнительном производстве в качестве отдельного вида адвокатской деятельности. Автор формулирует предложения по совершенствованию нормативного регулирования этого института.

Ключевые слова: адвокат, исполнительный процесс, представительство, вид адвокатской деятельности, право на защиту, взыскатель, должник.

Kafidov Vasyil
LAWYER AS A REPRESENTATIVE OF PARTIES DURING
THE PROCESS OF ENFORCEMENT OF JUDICIAL DECISION

The article deals with the features of a lawyer's activity in the process of enforcement of a judicial decision, including the identification of its advantages over other representatives. It draws attention to the need to establish a separate type of legal activity in Law on Bar and Legal Activity. Author formulates proposals how to improve the regulation of this institution in current legislation.

Key words: attorney, enforcement of judicial decision, legal activity, the right to protection, creditor, debtor.

Кочубей Вероніка Віталіївна,
студентка 4 курсу юридичного факультету,
Спеціалізація «Адвокатура»
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
Науковий керівник:

УДК 347.9

ДОКУМЕНТИ, ЩО ПІДТВЕРДЖУТЬ ПОВНОВАЖЕННЯ
АДВОКАТА: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

У статті проаналізовано чинне процесуальне законодавство з точки зору юридичних актів, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, а також є підставою для надання цієї правової допомоги взагалі. Окрему увагу приділено питанню ордеру на надання правової допомоги, правових основ його застосування. Автором сформульовані окремі пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства.

Ключові слова: адвокат, договір про надання правової допомоги, довіреність, ордер, доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, адміністративний процес, цивільний процес, господарський процес, кримінальний процес.

Постановка проблеми. ч. 1 ст. 26 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 (надалі – Закон), урахуваючи різноманітність напрямів надання правової допомоги і визначаючи повноваження адво-

ката, дає загальний перелік посвідчувальних документів і конкретизує, які з них зобов'язані визнавати суди, відомства та установи. Це, передусім, договір про надання правової допомоги, довіреність, ордер та доручення

органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Під час надання вторинної правової допомоги на практиці виникає ряд проблемних питань щодо конкретних документів, які можуть посвідчувати повноваження адвоката на надання правової допомоги та правових підстав адвокатської діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ця проблематика не є новою для адвокатури. Останніми роками її вивчали такі українські вчені та практики, як: С.Я. Фурса, Д.П. Фіолевський, Я.П. Зейкан, М.А. Погорецький, Д.В. Кухнюк та інші. Але наявні недосконалість чинного процесуального законодавства зумовлюють подальші наукові розвідки у цій сфері.

Мета статті – дослідження недосконалості процесуального законодавства з точки зору юридичних актів, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, а також є підставою для надання цієї правової допомоги взагалі.

Виклад основного матеріалу. Договір та довіреність – це найбільш поширена практика, що дозволяє у кожній справі окреслити коло питань, якими клієнт наділяє чи обмежує компетенцію адвоката. Якщо ж досліджувати процесуальне законодавство, зокрема, Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС), то ч. 1 ст. 58 встановлює, що повноваження представників, які беруть участь в адміністративному процесі на основі договору, на здійснення представництва в суді, повинні бути підтверджені довіреністю. В ч. 1 ст. 42 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК) та ст. 28 Господарського процесуального кодексу України (надалі – ГПК) у відповідних нормах, що регулюють питання документів, які посвідчують повноваження представників (мова йде не про законних представників) також вказується, що повноваження представників сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, мають бути посвідчені довіреністю. У всіх трьох вище вказаних нормативно-правових актах продубльовано майже аналогічне положення: «повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватися ордером, дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги. До ордера обов'язково додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій. Витяг засвідчується підписом сторін.» На жаль, саме таке формулювання законодавця стало підставою для численних зловживань та порушень з боку недобросовісних адвокатів. Відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону адвокат у своєму професійному статусі має діяти виключно на підставі договору про надання правової допомоги. Якщо в договорі не вписано загальні та спеціальні права, а прописані тільки загальні, виходячи із ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і процесуального законодавства, то лише

в такому випадку разом із договором має надаватися довіреність.

Чому ж так важливо, щоб адвокат як професіонал діяв саме на підставі договору про надання правової допомоги? Відповідно до норм п.п. 14.1.226. п.14.1 ст.14 ПК самозайнята особа – платник податку, який є фізичною особою – підприємцем або провадить незалежну професійну діяльність за умови, що така особа не є працівником в межах такої підприємницької чи незалежної професійної діяльності. До незалежної професійної діяльності якраз і належить діяльність адвокатів (за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою – підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб). Відповідно оподаткування такої діяльності має здійснюватися згідно з вимогами ст. 178 Податкового кодексу України (надалі – ПК). Якщо ж адвокат буде діяти виключно на підставі довіреності, то згідно з ч. 1 ст. 26 Закону така діяльність вже не буде носити характер незалежної професійної діяльності, і як наслідок не буде оподатковуватися належним чином.

Безперечно, не варто забувати, що адвокат може й не діяти у своєму професійному статусі, а представляти інтереси друга, брата, сусіда тощо на цілком безоплатній основі. В такому випадку діяльність повіреного на основі довіреності буде цілком правомірною і не буде тягти порушення ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та норм ПК.

Виходячи із вище викладеного та специфічного процесуального статусу адвоката як представника пропонуємо наступну редакцію ч. 5 ст. 58 КАС, ч. 4 ст. 42 ЦПК та ч. 7 ст. 8 ГПК:

Повноваження адвоката як представника можуть посвідчуватися договором про надання правової допомоги, ордером, дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Якщо у договорі про надання правової допомоги не прописані спеціальні права адвоката, то спеціальні повноваження адвоката як представника можуть бути посвідчені довіреністю. До ордера обов'язково додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій. Витяг засвідчується підписом сторін.

Тепер перейдімо до аналізу норм кримінально процесуального законодавства, а саме до ст. 50 КПК. Так, ч. 1 ст. 50 Кримінально процесуального кодексу України (надалі – КПК) встановлює перелік документів, що підтверджують повноваження захисника у кримінальному провадженні, а саме: 1) свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю; 2) ордер, договір із захисником або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. До того ж у ч. 2 цієї ж статті зазначається, що встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвер-

дження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається. З першого погляду, законодавцем досить таки чітко врегульовано питання документарного підтвердження повноважень захисника для участі у кримінальному провадженні. Але на практиці саме ця стаття дала поштовх до зловживань з боку правоохоронних органів.

Наведемо приклад з реальної практики. Адвокат С. представляв інтереси потерпілого П. Відповідно до ч. 1 ст. 58 КПК потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником. Повноваження представника потерпілого на участь у кримінальному провадженні підтверджуються документами, передбаченими статтею 50 КПК, – якщо представником потерпілого є особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні (п.1 ч. 3 ст. 58 КПК). Згідно з ст. 221 КПК, яка регулює ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. Відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається. Тож на підставі п. 11 ч. 1 ст. 56, ст. 58, ст. 221 та в порядку ст. 220 КПК адвокатом С. було подане клопотання слідчому про ознайомлення із матеріалами кримінального провадження. До клопотання були долучені посвідчені адвокатом копії свідчення про право на зайняття адвокатською діяльністю та договору про надання правової допомоги. Розглянувши клопотання, слідчий відмовив у його задоволенні, мотивуючи це тим, що адвокат не надав усі документи, що підтверджують його повноваження як представника, а саме: до клопотання не було долучено адвокатського ордеру. Така бездіяльність слідчого була оскаржена адвокатом С. до слідчого судді на підставі п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК. Слідчий суддя розглянувши матеріали скарги, зрештою, задовольнив її, але сам процес оскарження неминуче тягне до затягування кримінального процесу, що, в свою чергу, є недопустимим у кримінальному провадженні, адже тут досить часто йде мова про обмеження волі підозрюваних/підсудних. Розрахунок слідчого був у тому, щоб зачепитися за звичайну кому, яку так необережно поставив законодавець у чинному КПК. Наведений вище випадок, на жаль, є доволі непоодиноким та часто зустрічається на практиці.

Задля уникнення таких безглузких процесуальних ситуацій необхідно, щоб «буква

закону» була сформульована просто та чітко, не давала можливості для її розширеного тлумачення, особливо це є актуальним у такій екстримальній сфері судочинства як кримінальний процес. Наведемо приклад статті, яка регулює питання підтвердження повноважень захисника у кримінальному провадженні, з Кримінального кодексу Азербайджанської Республіки: 92.7. Защитник, принявший на себя защиту подозреваемого или обвиняемого, представляет органу, осуществляющему уголовный процесс, документ, удостоверяющий его личность и право на осуществление адвокатской деятельности на территории Азербайджанской Республики, а также ордер адвокатской структуры. 92.8. При несоблюдении требований, предусмотренных статьей 92.7. настоящего Кодекса, орган, осуществляющий уголовный процесс, выносит мотивированное постановление об отказе в допуске к уголовному процессу того или иного лица в качестве защитника (ст. 92 Кримінально процесуального кодексу Азербайджанської Республіки). При такому формулюванні законодавця ні у слідчого, ні у прокурора не залишається можливості для розширення переліку тих документів, які є необхідними для підтвердження повноважень захисника у кримінальному процесі. Враховуючи все вище вказане, пропонуємо наступну редакцію ч. 1 ст. 50 КПК:

1. Повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються:

- 1) свідченням про право на зайняття адвокатською діяльністю;
- 2) ордером або договором із захисником, або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Також у контексті даної статті видається важливим розглянути проблематику правових основ застосування ордеру адвоката, адже застосування ордеру як документу, що підтверджує повноваження адвоката, здійснюється відповідно до положень чинних нормативно-правових актів, які містять суперечливі норми щодо належності та достатності ордеру для підтвердження правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта.

Відповідно до ч. 2 ст. 26 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» ордер – письмовий документ, що у випадках, встановлених законами України, посвідчує повноваження адвоката на надання правової допомоги. Ордер видається адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням та повинен містити підпис адвоката. Рада адвокатів України затверджує типову форму ордеру.

На сьогоднішній день є чинним Положення про ордер на надання правової допомоги та порядок ведення реєстру ордерів із змінами і доповненнями, внесеними рішенням Ради адвокатів України № 187 від 27 липня 2013 року. Згідно з п. 6 Положення ордер встановленої форми є обов'язковим для прийняття всіма органами, установами, орга-

нізаціями на підтвердження правомочності адвоката на вчинення дій, передбачених ст. 20 Закону. При цьому у п. 14 Положення окремо наголошується на тому, що ордер є належним і достатнім підтвердженням правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта. Про обмеження правомочності адвоката, встановлені угодою про надання правової допомоги, останній або керівник адвокатського об'єднання (бюро) зобов'язані вказати на звороті ордера. Відповідальність за достовірність наведених в ордері даних несе адвокат (особа, яка видала ордер – п. 16 Положення).

Слід звернути увагу на те, що п. 14 вище вказаного Положення суперечить ч. 5 ст. 58 КАС, ч. 4 ст. 42 ЦПК та ч.7 ст. 8 ГПК. У цих статтях абсолютно ідентично продубльована теза про те, що до ордера обов'язково додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих процесуальних дій. Витяг засвідчується підписом сторін. Тож відповідно до процесуальних норм адміністративного, цивільного та господарського законодавства ордер без витягу із договору про надання правової допомоги априорі не може бути ні належною, ні достатньою правовою підставою для посвідчення повноважень адвоката на надання правової допомоги.

Хоча в наукових колах і сьогодні не припиняється дискусія про необґрунтованість вимог законодавця щодо представлення поряд із ордером договору про надання правової допомоги або витягу з нього. Також висувуються думки про те, що норми Положення є спеціальними по відношенню до норм КАС, ЦПК та ГПК і має спрацювати правило «*lex specialis derogat lex generalis*» (спеціальна норма скасовує дію загальної). Але, на нашу думку, у даному випадку не можна не погодитися з позицією С.Я. Фурси, яка звертає увагу на те, що перелічені вище частини статей процесуального законодавства присвячені виключно адвокату як специфічній фігури у процесі. Тому назвати їх загальними не можна.

Але не варто забувати про ст. 50 КПК, де законодавець надав адвокату диспозитивний, альтернативний вибір чим підтвердити свій правовий зв'язок із клієнтом – або ордером, або договором із захисником, або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Таке право адвоката зумовлюється специфікою кримінального процесу, а саме відсутністю так званих диспозитивних прав, передбачених адміністративним, цивільним та господарськими нормами. Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених статтею 50 КПК, слід-

чому, прокурору, слідчому судді, суду (ч. 4 ст. 46 КПК). Представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представнику (ч. 4 ст. 58 КПК). Тож у рамках кримінального процесу цілком можна погодитися із думкою М. А. Погорецького та О. Г. Яновської, що ордер на надання правової допомоги є належним і достатнім підтвердженням правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта.

Висновки. Аналізуючи все вище викладене, можна прийти до висновку про нагальну необхідність внесення змін до процесуального законодавства. Це унеможливить зловживання як з боку недобросовісних адвокатів, так і з боку правоохоронних органів, посприє подальшому становленню принципів верховенства права та верховенства закону. Також необхідно узгодити зміст рішення Ради адвокатів України № 187 від 27 липня 2013 року із чинними КАС, ЦПК, ГПК. Це припинить довготривалу дискусію з приводу належності та достатності ордера для підтвердження правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Адвокат: цивільні справи : методичні поради. – Х.: Видавництво «Світкниг»;К.: «ВД «ДАКОР», 2014. – 688 с.;
2. Адвокатура: підручник. / Д.П. Фіолевський. – 3-тє вид., випр. і доп. – К.: Алерта, 2014. – 624 с.;
3. Адвокатура України : підручник / Погорецький М. А., Яновська О. Г. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 368 с.;
4. Адвокатура України. Кн. 1 Організація адвокатури (з практикумом). – К.; Алерта, 2016. – С. 668. Крім того, при написанні статті використовувався конспект лекцій із спецкурсу «Консультативна робота адвоката», який викладався д.ю.н., професором Фурсою С.Я.
5. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII;
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV;
7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI;
8. Кримінальний процесуальний кодекс Азербайджанської Республіки від 14.07.2000 № 907-II;
9. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). – 2-ге вид., допов. – К.: ВД Дакор, 2013. – 640 с.;
10. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI;
11. Положення про ордер на надання правової допомоги та порядок ведення реєстру ордерів із змінами і доповненнями, внесеними рішенням Ради адвокатів України № 187 від 27 липня 2013 року;
12. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI;
13. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV.

Кочубей Вероника Витальевна
**ДОКУМЕНТЫ, ПОДТВЕРЖДАЮЩИЕ ПОЛНОМОЧИЯ АДВОКАТА:
ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

В статье проанализированы действующее процессуальное законодательство с точки зрения юридических актов, удостоверяющих полномочия адвоката на предоставление правовой помощи. Особое внимание уделено вопросу ордера на предоставление правовой помощи, правовых основ его применения. Автором сформулированы отдельные предложения по внесению изменений в действующее законодательство.

Ключевые слова: адвокат, договор об оказании правовой помощи, доверенность, ордер, поручение органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи, административный процесс, гражданский процесс, арбитражный процесс, уголовный процесс.

Kochubey Veronika
**DOCUMENTS CONFIRMING PROXY OF ATTORNEY:
PROBLEMS OF THEORY AND PRACTICE**

The article deals with the current procedural legislation from the point of view of legal acts, certifying authority to advocate for the provision of legal aid. Particular attention is paid to the order for the provision of legal aid, the legal basis of its application. The author formulated specific proposals for changes to the existing legislation.

Keywords: attorney, an agreement on legal assistance, the power of attorney, order, authority order (agencies) authorized by law for the provision of free legal assistance, administrative procedure, civil procedure, arbitration procedure, criminal procedure.

ЗВІТ ПРО КОНФЕРЕНЦІЮ

ДРУГА МІЖНАРОДНА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ «НОТАРІАТ, АДВОКАТУРА, СУД, ВИКОНАВЧЕ ПРОВАДЖЕННЯ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ»

25 березня 2016 року в стінах юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка відбулась **Друга міжнародна науково-практична конференція «Нотаріат, адвокатура, суд, виконавче провадження: актуальні проблеми»**, присвячена п'ятиріччю створення кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури.

Співорганізаторами проведення конференції виступили Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ, Департамент державної виконавчої служби, Департамент з питань нотаріату Міністерства юстиції України, Юридична фірма «Juscitum», Центр правових досліджень Фурси, Союз юристів України, Інформаційний (медіа) партнер газета «Молодь України», «Центральний канал» телебачення, радіоканал «Промінь».

У роботі конференції взяли участь вчені з багатьох провідних наукових та навчальних закладів не тільки України, а й Росії, Білорусії, Польщі. Зокрема, Київського національного торговельно-економічного університету, Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, Львівського державного університету внутрішніх справ, Львівського національного університету імені Івана Франка, Харківського національного університету внутрішніх справ, Національної академії внутрішніх справ, Національного університету «Одеська юридична академія», Хмельницького університету управління та права, а також Щецинського університету (Польща), Білоруського державного університету (Білорусь), Російської Академії Народного Господарства та Державної Служби при Президенті РФ, Московського державного університету імені Ломоносова та ін.

Робота Другої Міжнародної науково-практичної конференції «Нотаріат, адвокатура, суд, виконавче провадження: актуальні проблеми» традиційно відбувалася у формі пленарного засідання та засідання наукових секцій.

З привітальним словом до учасників конференції звернулася завідувач кафедри кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури **Фурса Світлана Ярославівна**,

яка побажала учасникам цікавої та плідної роботи.

Також привітав учасників конференції заступник декана юридичного факультету **Максим Петрович Куцевич**, який в своєму виступі відмітив важливу роль дисциплін, які викладаються кафедрою нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури та вказав на високий рівень наукових досліджень колективу кафедри.

У зв'язку із святкуванням п'ятої річниці створення кафедри на адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли привітання від профільних установ України та колег із зарубіжжя, зокрема від: ректора Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктора філософських наук, професора, академіка НАН України **Л. В. Губерського**, судді Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ **О. С. Ткачука**, Заступника Міністра юстиції України – керівник апарату **О. П. Іванченко**, Заступника Міністра юстиції України з питань виконавчої служби **С. В. Шкляра**, Президента Нотаріальної Палати України **Н. В. Василюк**, завідувача кафедри цивільного процесу Московського державного університету імені М.В. Ломоносова **М. К. Треушнікова** та ін.

На пленарному засіданні виступили: доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури **Фурса Світлана Ярославівна** – «Роль кафедри нотаріального, исполнительного процесса и адвокатуры в процессах реформирования правовой системы Украины и перспективы ее развития» (повний текст доповіді подається у науково-практичному журналі «Цивілістична процесуальна думка» як наукова стаття); Заступник Міністра юстиції України – керівник апарату **Іванченко Оксана Павлівна** – «Нотаріат – час для реформ?»; начальник управління захисту прав громадян та держави в судах Генеральної прокуратури України **Дунас Тарас Омельянович** – «Представництво органами прокуратури в умовах реформування»; заступник голови Союзу юристів України – **Коваль Катерина Петрівна** – «Механізми реалізації реформування адвокатури України в рамках

«Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки»»; директор Департаменту з питань нотаріату Міністерства юстиції України **Мартинюк Олена Антонівна** «Актуальні питання діяльності нотаріусів як державних реєстраторів прав на нерухоме майно та їх обтяжень»; завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного Університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент, адвокат, секретар дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії Одеської області **Бакаянова Нана Мезенівна** – «Про вдосконалення процедури притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності»; доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу університету м. Щецин, Польща **Кінга Флага-Герушинська Андріївна (Kinga Flaga-Gieruszyńska)** – «Інформатизація в цивільному процесі Польщі (Informatization in civil proceedings in Poland)»; доктор юридичних наук, професор **Улетова Галина Дмитрівна** «Совершенствование законодательства об исполнительном производстве в Российской Федерации (2007–2016 годы)» (повний текст доповіді подається у науково-практичному журналі «Цивілістична процесуальна думка» як наукова стаття); старший юрист практики вирішення конфліктів і спорів Адвокатського об'єднання «Юскутум» **Додух Ольга** – «Колізії законодавства у сфері примусового виконання рішень та невизначеність судової практики щодо певних прогалини у праві».

До проведення конференції активно долучався Студентський парламент юридичного факультету. Щоб захід відбувся на належному рівні, окрім викладачів кафедри, безпосередніх організаторів конференції, свій вклад внесла Шурина Олена, Слива Людмила, Сусь Юлія.

Привітати гостей та учасників конференції прийшли – вокальна та музична студії (Скорич Олена, Бондарев Олександр та ін.), команда КВК студентського парламенту юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Студенська молодь подарувала чудове виконання пісень, жваві виступи КВК.

Також виступили із привітаннями: кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного, господарського, адміністративного права та процесу Чернігівського національного технологічного університету – Андрущенко Тетяна Сергіївна та здобувач кафедри міжнародного приватного права Інститут міжнародних відносин Київський національний університет імені Тараса Шевченка – Скок Лілія Володимирівна.

Студенти 2 курсу ОКР «Магістр», спеціалізація «Виконавче право та процес» юридичного факультету продемонстрували всім присутнім сценку в якій наочно продемонстрували реалії виконання судових рішень в Україні, а саме проникнення державного виконавця до приміщення, яке належить боржнику. В свою чергу студенти 2 курсу ОКР «Магістр» спеціалізації «Адвокатура» юридичного факультету – продемонстрували сценку, в якій продемонстрували уривок із захисної промови адвоката Плевако Ф.Н.

Міжнародна науково-практична конференція «Нотаріат, адвокатура, суд, виконавче провадження: актуальні проблеми», відбулася на високому організаційному та науковому рівні. Обрана тема науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики.

У зв'язку з актуальністю піднятих питань за результатами конференції опублікована збірка матеріалів тез та доповідей учасників конференції.

Звіт підготовлено к.ю.н.,
асистентом кафедри нотаріального
та виконавчого процесу і адвокатури

Дерій О.О.

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
№ 2 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 15.03.2016 р. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Гарнітура «Helios». Друк офсетний.
Умовн.-друк. арк. 7,8
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.