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

ЦИВІЛІСТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДУМКА

Науково-практичний журнал
№ 4 / 2016

Київ
2016

УДК

Науково-практичний журнал «Цивілістична поцесуальна думка»

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

Засновник

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Журнал рекомендовано до друку

Вченою радою юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Протокол № 10 від 22 червня 2016 р.)

Відповідальні за випуск:

Кафедра нотаріального та виконавого процесу
і адвокатури юидичного 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

© Київський національний університет
імені Тараса Шевченка, 2016

ISBN

ЗМІСТ

I НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Бондарєва М.В. «Відкриття спадщини» і «Заведення спадкової справи»: суть і співвідношення 6

Кириченко К.М. Участь морських агентів при вчиненні морського протесту 10

Панченко І.С. Місце укладення договору відчуження нерухомого майна: проблеми термінологічної невизначеності 14

Шрамова О.С. Необхідність встановлення обов'язкової нотаріальної форми згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності 17

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Грицик А.С. Аналіз судової практики щодо визнання шлюбних договорів недійсними 21

Малярчук Л.С. Проблемні аспекти вирішення питання про тимчасове обмеження у праві виїзду боржника за межі України 24

Фурса Є.І., Фурса Є.Є. Знову про визнання спадщини від умерлою: матеріальний і процесуальний аспект 29

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Болюх В.В. Принцип законності у виконавчому провадженні 34

Золотаренко В.В. Реалізація принципу диспозитивності у діях суб'єктів виконавчого провадження 38

Лужанський О.С. Принцип розумності строків виконавчого провадження 42

Фостікова В.В. Участь адвоката у виконавчому процесі 45

Шевчук К.П. Принцип співмірності у виконавчому провадженні 48

IV МІЖГАЛУЗЕВІ ЗВ'ЯЗКИ ПРАВНИЧОЇ НАУКИ

Гвагвалія М.М. Право на життя ненародженої дитини: міжнародно-правовий аспект 52

V АДВОКАТУРА

Кухнюк Д.В., Ріпна М.А. Підстави дисциплінарної відповідальності адвоката в проектах змін до закону України «про адвокатуру та адвокатську діяльність» 55

Захарченко М.О. Адвокат як суб'єкт надання безоплатної правової допомоги 59

Кодола Б.С. Порушення прав адвокатів при обшуках в рішеннях європейського суду з прав людини 63

Коломієць А.В. Адвокат як суб'єкт цивільних правовідносин: комплекс прав та обов'язків 66

Лубяна К.А. Проблеми реалізації прав адвоката 69

Пальонко А.В. Вдосконалення правового статусу захисника в кримінальному провадженні . . . 73

VI ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Стопчак Р.О. Розмежування понять довіреності та доручення в нотаріальному процесі України 77

CONTENTS

I NOTARI PROCESS

Bondareva M.V. «Commencement of succession» and «opening of succession case record»: notion and correlation 6

Kyrychenko K.M. Participation of marine agents in the committing of marine protest. 10

Panchenko I.S. The place of conclusion of agreements on disposal of real estate: problems of terminological uncertainty 14

Shramova O.S. Necessity for establishment of the mandatory notary form of the woman's consent for operation (procedure) of artificial pregnancy termination 17

II CIVIL PROCESS

Grytsyk A.S. Analysis of jurisprudence on recognition of marriage contracts invalid. 21

Malyarchuk L.S. The problematic aspects of solution the matter of temporary restriction the debtor of the right to departure from Ukraine. 24

Fursa Y.I, Fursa Y.Y. Again about recognition of the estate as escheated: material and procedural aspect 29

III EXECUTIVE PROCESS

Boliukh V.V. The principle of legality in the executive production 34

Zolotarenko V.V. The principle of discretionary actions of participants of the enforcement proceedings. 38

Luzhanskyi A.S. The reasonable time principle of enforcement proceedings 42

Fostikova V.V. Participation of a lawyer in the enforcement proceeding 45

Shevchuk K.P. The principle of proportion in enforcement proceedings 48

IV LAW OF THE INTERBRANCH RELATIONS

Gvagvaliia M.M. International legal aspect of the right to life of the unborn child 52

V ADVOCACY

Kukhniuk D.V., Ripna M.A. Grounds of advocate's disciplinary liability in the draft laws «on the bar and practice of law» 55

Zakharchenko M.A. Advocate as a subject of a free legal assistance. 59

Kodola B.S. Violation of lawyers rights during the search in the decisions of the European Court of Human Rights 63

Kolomiiets A.V. A lawyer as the subject of civil relationships: a complex of rights and duties. 66

Lubiana K.A. Current problems of the implementation of lawyer's professional rights. 69

Palonko A.V. Improvement of the legal status of the defend lawyer in criminal proceedings. 73

VI TRIBUNE OF YOUNG SCIENTISTS

Stopchak R.O. The distinction between attorney and notary process orders in Ukraine 77

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 відділ 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, Чешська республіка) *(за його згодою)*;

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

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

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

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

І 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

«ВІДКРИТТЯ СПАДЩИНИ» І «ЗАВЕДЕННЯ СПАДКОВОЇ СПРАВИ»: СУТЬ І СПІВВІДНОШЕННЯ

В статті аналізуються питання сутнісної характеристики та співвідношення категорій «відкриття спадщини» та «заведення спадкової справи нотаріусом». Відкриття спадщини розглядається як абстрактний юридичний наслідок смерті фізичної особи чи оголошення її померлою, який у сукупності з іншими передумовами тягне виникнення спадкового правовідношення. Заведення спадкової справи пропонується розуміти наслідком взаємодії юридичних фактів цивільного права і загальних та спеціальних передумов настання процедурних наслідків.

Ключові слова: *відкриття спадщини, заведення спадкової справи, юридичні наслідки смерті особи.*

Спадщина відкривається *внаслідок* смерті особи або оголошення її померлою, як зазначається в частині 1 статті 1220 ЦК України.

В деяких країнах коло підстав для відкриття спадщини дещо відрізняється від наведеного і включає, наприклад, «цивільну смерть» – присвячення себе служінню релігії, як в Греції [1], чи до 1854 року у Франції згідно Кодексу Наполеона – позбавлення права володіти майном, укладати шлюб, бути стороною в судовому процесі особи як вид кримінального покарання [2]. Що цікаво, положення статті 718 про те, шо «спадщина відкривається в результаті природньої смерті та цивільної смерті» діяло у Цивільному Кодексі Франції до набрання чинності Законом № 2001-1135 від 3.12.2001 року [3]. Позбавлення прав та постриг у монахи поряд з природньою смертю та визнанням особи безвісно відсутньою визнавалися підставами відкриття спадщини за статтями 1222 та 1067 Зібрання цивільних законів [4].

Питання про сутністні та системні характеристики категорії «відкриття спадщини» в сучасній юридичній літературі в цілому обминається. А доктринальні підходи до розуміння суті даної категорії в цивілістичній літературі не вирізняються системністю. Під «відкриттям спадщини» пропонується розуміти *настання тих юридичних фактів*, якими обумовлюється перехід майна від спадкодавця до спадкоємців [5]; *виникнення спадкових правовідносин* [6]; *виникнення спадкової маси (спадщини)*; *наявність у спадкодавця майна* [7]; *смерть* фізичної особи як елемент юридичного складу спадкування в його спеціальному значенні [8]; *момент смерті* спадкодавця і поява права інших осіб прийняти спадщину чи відмовитися від неї [9]; *відкриття самої можливості переходу майна* в порядку спадкування і з'явлення особливого правового майнового стану, в результаті якого сукупність прав і обов'язків померлого визнається спадщиною [10].

Аналіз вказаних положень призводить до висновку про відсутність єдиного підходу у розумінні суті поняття «відкриття спадщини» і необхідність визначення характеру співвідношення категорій «відкриття спадщини» зі «смертю особи», «виникненням спадкового правовідношення», «закликанням спадкоємців до спадкування», «заведенням спадкової справи». В основу вказаних позицій покладена спорідненість понять і відносин, проте кожна з них має різну функціональну спрямованість, що буде розглянуто нижче.

Визначення правової природи відкриття спадщини як юридичного факту є невірним, оскільки юридичним фактом може вважатися тільки реальна життєва обставина, з правовою моделлю якої право зв'язує певні юридичні наслідки. В аналізованій ситуації смерть особи є юридичним фактом, а відкриття спадщини – юридичним його наслідком. Отже, поняття «відкриття спадщини» не слід розглядати у відриві від факту смерті особи зважаючи на тісний зв'язок таких категорій і встановлену в законі чітку взаємообумовлену послідовність їх настання.

Більш прийнятним видається підхід, за яким відкриття спадщини кореспондується з настанням фактів, з якими закон пов'язує для спадкоємців виникнення спадкових правовідносин [11], або самими юридичними фактами, з якими закон зв'язує перехід майна померлого до його спадкоємців.

Так, Г. Ф. Шершеневич під відкриттям спадщини розуміє настання одного з таких юридичних фактів, з якими поєднується за законом припинення для відомої особи всіх юридичних відносин, що пов'язували її з іншими особами до цього моменту [12].

Наведений підхід враховує послідовність настання елементів складного юридичного складу, наслідком якого є виникнення спадкового правовідношення. В частині 1 статті 1220 ЦК України однозначно визначається необхідна для настання юридичних наслідків поступовість виникнення вказаних в нормі життєвих обставин: «спадщина відкривається ВНАСЛІДОК смерті особи». Тобто, *спочатку* особа помирає і *внаслідок* цього юридичного факту настає відкриття спадщини.

Ключовим, таким чином, у формулюванні «відкриття спадщини» видається слово «відкриття», а не «спадщина». Цікавою видається наступна обставина. Термін «відкриття» використовувався раніше і у зв'язку з опікою. Йдеться, зокрема про «відкриття опіки». «Для того, щоб особи, здатні виконувати опікунські обов'язки, були до них притягнуті, необхідно, щоб опіка відкрилася і опікун був призначений» [13].

В доктрині відмічається зв'язок відкриття спадщини і закликання спадкоємців до спадкування. К.П.Победоносцев використовує конструкції «відкриття спадщини» і «закликання до спадкування» іноді як взаємообумовлені, а іноді навіть як синонімічні: «спадкоємець закликається до спадкування або *спадщина відкривається для нього* в силу відомої законної причини, яка дає йому таке право. …» [14]. В цілому така позиція має під собою реальне підґрунтя, проте викликає сумніви пропозиція індивідуалізації відкриття спадщини і прив'язка його як юридичного наслідку накопичення юридичного складу до конкретної особи-спадкоємця. Відкриття спадщини відбувається безвідносно до кожного конкретного спадкоємця. Тим більше, що коло осіб, які будуть закликатися до спадкування, з динамікою спадкового правовідношення може змінюватися.

Коли мова йде про відкриття спадщини є необхідність зважати на послідовність його / відкриття/ настання *після і внаслідок* реальної життєвої обставини – смерті особи чи оголошення її померлою. Названі обставини в свою чергу є юридичними фактами, які у взаємодії з іншими передумовами (нормою права і цивільною правосуб'єктністю) [15] породжують юридичний наслідок у вигляді виникнення спадкового правовідношення. Проте, в законодавстві йдеться не про «час і місце виникнення спадкового правовідношення», а про «час і місце відкриття спадщини». Якщо погодитися з тим, що юридичними наслідками настання юридичних фактів є не тільки виникнення, зміна та припинення цивільних правовідносин, але і «охоронення» («охранение» – русс.) права [16], то можно розглядати відкриття спадщини як абстрактний юридичний наслідок смерті людини чи оголошення її померлою.

Як юридичний наслідок відкриття спадщини означає, що до відомої сукупності прав та обов'язків померлого громадянина застосовуються норми спадкового права [17], що перетворює її в спадщину, спадкоємець закликається до спадкування. Юридичним наслідком взаємодії норми права, цивільної правосуб'єктності учасників та юридичного факту смерті особи (оголошення її померлою) є виникнення спадкового правовідношення.

В доктрині розглядається можливість так званого «*повороту відкриття спадщини*», який пов'язують із спростуванням одного з юридичних фактів, що призводить до відкриття спадщини. «Смерть громадянина, як і оголошення громадянина померлим є необхідним юридичним фактом, на якому базується відкриття спадщини; якщо той чи інший з цих фактів спростований, то знищується і саме відкриття спадщини» [18].

В літературі такий розвиток подій в разі появи особи, оголошеної померлою, ще називають *поворотом у спадкових правовідносинах*, а спадщину такою, яка ніби ніколи не відкривалася [19].

Таким чином, на підставі проведеного аналізу пропонуємо розуміти «відкриття спадщини» як *<u>абстрактний юридичний наслідок смерті фізичної особи чи оголошення її померлою, який у сукупності з іншими передумовами тягне виникнення спадкового правовідношення</u>* [20], *підлягає спростуванню* (в разі скасування рішення суду про оголошення особи померлою), *має складну структуру, елементами якої є час відкриття спадщини і місце відкриття спадщини*

Відкриття спадщини як юридична категорія має складну структуру, елементами якої є час відкриття спадщини і місце відкриття спадщини. Час і місце відкриття спадщини самі по собі є юридичними фактами в тому числі процесуального права і забезпечують виникнення нотаріального процесуального провадження щодо видачі свідоцтва про право на спадщину, охорони спадкового майна, видачі свідоцтва про право власності на частку у спільному майні подружжя тощо.

В контексті даного дослідження відкриття спадщини**,** а значить і виникнення спадкового правовідношення представляє інтерес як елемент нотаріального провадження. Як справедливо відмічається в літературі, один юридичний факт може одночасно мати правопороджуючу силу в декількох сферах правових відносин (цивільних, процесуальних тощо) [21]. Прикладом наведеного підходу може бути смерть фізичної особи, яка в якості юридичного факту матеріального права виступає загальною передумовою виникнення спадкового цивільного правовідношення і, відповідно, відкриття спадщини, а як юридичний факт процесуального права є елементом юридичного складу відкриття нотаріального провадження, зокрема заведення спадкової справи. Отже факт смерті особи має дуалістичний характер, що досліджувалося в доктрині [22], та одночасно матеріально-процесуальне значення [23].

Оскільки не вірним видається «відрив процесуальної форми від матеріального змісту», що в протилежному порядку робило б її існування абсолютно безглуздим», як пише Е.М. Тужилова-Орданська [24], проаналізуємо

категорію «відкриття спадщини» в контексті нотаріального процесу.

В літературі пропонується [25] під відкриттям спадщини з точки зору нотаріального процесу розуміти заведення спадкової справи на ім'я померлої особи, а також цілий комплекс дій, що з цим процесом пов'язані. Дозволимо собі уточнити дане положення і запропонувати наступний підхід.

Відкриття спадщини як юридичний наслідок смерті особи є однією з передумов разом з іншими передумовами, зокрема нормами права, існуючим матеріальним спадковим правовідношенням виникнення процесуального правовідношення між нотаріусом і спадкоємцем з вчинення нотаріального провадження щодо оформлення спадкових прав останнього. *Заведення спадкової справи в даній схемі є наслідком взаємодії юридичних фактів цивільного права* [26] (факту часу і місця відкриття спадщини при визначенні процесуальної підвідомчості нотаріальної справи нотаріусу) *і загальних* (норми права, правосуб'єктності спадкоємця) *та спеціальних* (звернення спадкоємця з заявою) *передумов настання процедурних наслідків*.

Систематизація процесуальних дій нотаріуса, а по суті процедурних наслідків, може передбачати поділ їх на:

– дії нотаріуса, пов'язані із заведенням спадкової справи, *що є наслідком встановлення нотаріусом факту відкриття спадщини* (факт смерті особи), в контексті етапності реалізації спадкових правовідносин – часу і місця відкриття спадщини, а також відповідності даного виду провадження його територіальні компетенції – дотримання правила про місце вчинення нотаріальної дії. Заяви, на підставі яких нотаріус заводить спадкову справу, підлягають обліку в Книзі обліку і реєстрації спадкових справ у день надходження. Важливо в даному контексті зауважити на наступному моменті. Факт смерті фізичної особи і час відкриття спадщини перевіряється нотаріусом шляхом витребування від спадкоємця свідоцтва про смерть (пункт 1.3. розділу ІІ Глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). У разі неможливості пред'явлення спадкоємцями свідоцтва про смерть спадкодавця нотаріус повинен витребувати від органу реєстрації актів цивільного стану копію актового запиту про смерть спадкодавця або повний витяг з Державного реєстру актів цивільного стану про смерть.

Таким чином, відкриття спадщини відбувається поза компетенцією і волею, що очевидно, нотаріуса, є фактом матеріального права, і лише нотаріусом «перевіряється» та «з'ясовується».

Що стосується заведення спадкового справи, то заводиться вона нотаріусом за місцем відкриття спадщини на підставі поданої (або такої, що надійшла поштою) першої заяви (повідомлення, телеграми) про прийняття спадщини, про відмову від прийняття спадщини (пункт 2.1. розділу ІІ Глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України).

Неоднозначності до питання про необхідність свідоцтва про смерть особи для заведення спадкової справи додає і пункт 3.3. Положення про Спадковий реєстр, згідно з яким витяги та інформаційні довідки зі Спадкового реєстру про посвідчені заповіти та спадкові договори видаються іншим особам, крім заповідача та відчужувача, тільки після смерті останніх за умови пред'явлення свідоцтва про смерть або іншого документа, що підтверджує факт смерті заповідача, спадкодавця. При цьому пункт 2.2. розділу ІІ Глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України покладає на останніх обов'язок при заведенні спадкової справи за даними Спадкового реєстру перевіряти наявність заведеної спадкової справи, спадкового договору, заповіту.

Іншими словами, якщо для перевірки факту відкриття спадщини необхідне свідоцтво про смерть фізичної особи, то для заведення спадкової справи наявність свідоцтва про смерть спадкодавця не обов'язкова (хоча і бажана), достатньо заяви потенційного спадкоємця. З метою уникнення непотрібних ускладнень при вирішенні даного питання можна порадити нотаріусам, наприклад відбирати заяви на бланках із засвідченням справжності підпису потенційного спадкоємця на них. В разі якщо заява пишеться в присутності нотаріуса оформляти її як вхідну документацію з направленням в РАЦС відповідного запиту.

– дії нотаріуса, пов'язані з ідентифікацією об'єкта спадкового правовідношення, яке вже виникло – спадщини (спадкового майна, спадкової маси). Пункт 1.2. розділу ІІ Глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України зазначає на необхідності з'ясування нотаріусом відомостей щодо наявності спадкового майна, його складу і місцезнаходження.

Частково погоджуємося з тими авторами, які вбачають зв'язок між об'єктом спадкового правонаступництва і можливістю спадкоємця взяти участь в цьому наступництві. Так, К.П. Побєдоносцев визначав наявність спадкового майна в якості «приводів до відкриття спадщини» [27] поряд зі смертю особи та іншими умовами «здійснення ідеї про спадщину» [28], а не його /відкриття спадщини/ основним елементом. А Д.І. Мейер писав, що «про право спадкування мова йде тільки тоді, коли майнові відносини спадкодавця представляють певний інтерес; якщо ж вони нікчемні, то про спадкування не йде мова – і так помирають тисячі людей» [29].

Проте, визнавати об'єкт правовідношення, яким є спадщина, умовою виникнення цього правовідношення, а спадщину однією з «необхідних передумов спадкового правовідношення" [30], очевидно, не зовсім вірно, оскільки його виникнення не залежить від факту наявності спадкової маси хоча б тільки тому, що цей факт нотаріусом не встановлюється в момент відкриття спадщини, і, відповідно, заведення спадкової справи. Але спрямованість спадкового правовідношення на перехід прав та обов'язків спадкодавця до

спадкоємців є очевидною, причому в період всього процесу його реалізації, на всіх його етапах, оскільки визначеності у вигляді частки у спадковому майні право спадкоємця на спадщину не набуває до моменту оформлення спадкових прав [31] (в переважній більшості випадків). При цьому, спадкове правовідношення є не якимось абстрактним зв'язком між спадкоємцями, а визначається як зв'язок предметний – з приводу спадкового майна.

Тому вважаємо, що наявність спадщини є юридичним фактом, який встановлюється нотаріусом вже після заведення спадкової справи, не впливає на момент виникнення спадкового правовідношення, проте обумовлює настання юридичних наслідків у вигляді можливості успадкування і, в подальшому, оформлення спадкових прав спадкоємців. Тому завершеність юридичного складу, результатом накопичення якого буде реалізація спадкового правовідношення, може обґрунтовано пов'язуватися з наявністю спадщини як такої, а в ряді випадків і з її складом (якщо йдеться про випадки формування спадкової маси виключно за рахунок спадкового пасиву). В таких випадках спеціалістами рекомендується спадкову справу закривати [32];

– дії нотаріуса, спрямовані на виявлення інших складових спадщини, в тому числі її «пасиву» спадщини, тобто прав та обов'язків осіб, які вправі претендувати на майно спадкодавця, а також дебіторів спадкодавця, та осіб, яким було передане майно спадкодавця на зберігання, у володіння і/або користування до відкриття спадщини;

– дії нотаріуса, спрямовані на забезпечення збереження виявленої спадщини;

– дії нотаріуса, спрямовані на фіксацію переходу права власності на спадщину до спадкоємців або інших осіб (нове – договір між спадкоємцями і кредиторами про перехід права власності на частину спадкового майна до останніх як компенсація заборгованості спадкодавця тощо);

– дії нотаріуса, спрямовані на вирішення ускладнень із закордонною спадщиною.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. http://jus.ee/news/1/74/ezhdunarodnoe-nasledstvennoe-pravo/.
2. В.Н. Захватаев. Кодекс Наполеона. Москва-Берлин: Инфотропик Медиа, 2012, С. 543.
3. В.Н. Захватаев. Кодекс Наполеона. Москва-Берлин: Инфотропик Медиа, 2012, С. 197
4. Синайский Г.Ф. Русское гражданское право, http://lib.sale/uchebnik-pravo-grajdanskoe/russkoe-grajdanskoe-pravo.html
5. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. – С. 622.
6. Заіка Ю. О. Спадкове право в Україні.... Ю. О. Заіка, Є. О. Рябоконь / за ред. О. В. Дзери. – К., 2009. – 353 с
7. Инцас, В. Л. (Владас Леоно). Наследование как особый вид правопреемства в советском гражданском праве:Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 – Гражданское право и гражданский процесс / Ленинградский государственный университет им. А. А. Жданова. Юридический факультет. – Л.,1973. – 15 с. – Библиогр.: с. 15. – С. 11.
8. Козловська Л.В. Теоретичні засади здійснення і захисту спадкових прав: монографія/ Л. В. Козловська. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 448 с. – С. 309.
9. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу V: Наследственное право/ Под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2013. – 264 с. – С. 24.
10. Виноградова О.Ю. Правовые основания открытия наследства / Юристлиб. Ру.
11. Васильченко В.В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування. – Х.: «Одіссей». – 2007. – 480 с. – С.14.
12. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права Т.2, Статут, 2005 (http://www.pravo.vuzlib.su/book_z1419_page_1.html).
13. А.И.Загоровский. Курс семейного права. http://www.pravo.vuzlib.su/book_z1419_page_75.html).21
14. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Вторая часть. М.: Издательство «Статут», 2003, 639 с., С. 282.
15. Концепція юридичних фактів детально розроблена в доктрині цивільного і процесуального права. Юридичні факти, як доведено в доктрині, є тільки однією з підстав настання юридичних наслідків, поряд з нормою права, цивільною правосуб'єктністю, і, в деяких випадках, власне цивільного правовідношення (див. наприклад, Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения/ Исслед. центр частного права. – С.: Статут, 2009. – 332 с. – С.37–39).
16. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. – С. 139.
17. Антимонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. – М.: Юр.лит. – 1955. – 264 с. Всесоюзный институт юридических наук министерства юстиции СССР курс советского гражданского права Б.С. Антимонов, К.А. Граве Советское наследственное право. Москва -/955, С. 94.
18. Антимонов Б.С., Граве К.А. Советское наследственное право. – М.: Юр.лит. – 1955. – 264 с. Всесоюзный институт юридических наук министерства юстиции СССР курс советского гражданского права Б.С. Антимонов, К.А. Граве Советское наследственное право Москва -/955, С. 102.
19. Васильченко В.В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування. – Х.: «Одіссей». – 2007. – 480 с. – С. 14.
20. Підтвердження цієї думки знаходимо у О.С. Іоффе (Иоффе О.С. Советское гражданское право. Курс лекцій. «Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право.» Л.: Издательство Ленинградского университета, 1965. С. 285)
21. Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе/ В.В.Ярков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С.52

22. Черданцев А.Ф. Системообразующие связи права// Сов.государство и право. – 1974. – № 8. – С. 14–15.
23. Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе/ В.В.Ярков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 53.
24. Тужилова-Орданская Е.М. Понятие и способы защиты прав на недвижимое имущество/ Е.М. Тужилова-Орданская. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2007. – 248 с. – С. 17.
25. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право. Теорія і практика. – С. 291.
26. Щеглов В.Н. Гражданско-процессуальные юридические факты. С. 95)
27. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Вторая часть. М.: Издательство «Статут», 2003. С – 260.
28. Там само.
29. Мейер Д.И. Русское гражданское право. – М.: Издательство «Статут», 2000. – С. 780.
30. Остапюк Н.И. Нотариальная защита прав граждан на имуществ, переходящее в прорядке наследования. – С. 41.
31. Рябцева И.Б. Наследственное правоотношение. – С. 21.
32. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право. Теорія і практика. – С. 292.

Бондарева Мария Владимировна

«ОТКРЫТИЕ НАСЛЕДСТВА» И «ЗАВЕДЕНИЕ НАСЛЕДСТВЕННОГО ДЕЛА»: СУТЬ И СООТНОШЕНИЕ

В статье анализируются вопросы сущностной характеристики и соотношение категорий «открытия наследства» и «заведение наследственного дела нотариусом». Открытие наследства рассматривается как абстрактное юридическое последствие смерти физического лица или объявления его умершим, который в совокупности с другими предпосылками влечет возникновение наследственного правоотношения. Заведение наследственного дела предлагается понимать результатом взаимодействия юридических фактов гражданского права, а также общих и специальных предпосылок наступления процедурных последствий.

Ключевые слова: *открытие наследства, заведение наследственного дела, юридические последствия смерти человека.*

Bondareva Maria

«COMMENCEMENT OF SUCCESSION» AND «OPENING OF SUCCESSION CASE RECORD»: NOTION AND CORRELATION

The article analyzes the questions of the essential characteristic and the correlation of the categories of «opening of the inheritance» and «establishment of the hereditary case by a notary». The opening of the inheritance is considered as an abstract legal consequence of the death of a physical person or declaration to the deceased, which, together with other prerequisites, entails the emergence of a hereditary legal relationship. Establishment of an inheritance case is proposed to be understood as the result of interaction of legal facts of civil law, as well as general and special prerequisites for the onset of procedural consequences.

Keywords: *opening of the inheritance, institution of the hereditary case, legal consequences of the death of a person.*

Кириченко Кристина Максимівна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.961:347.79

УЧАСТЬ МОРСЬКИХ АГЕНТІВ ПРИ ВЧИНЕННІ МОРСЬКОГО ПРОТЕСТУ

У статті досліджується питання можливості розширення кола суб'єктів, які можуть звертатися за вчиненням морського протесту, зокрема, щодо включення до цього кола, в додаток до капітана, ще й морського агента. Аналізується поняття «морського агента».

Ключові слова: *морський протест, заява про морський протест, нотаріальне провадження, морський агент, судновий агент.*

За загальним правилом, якщо в період плавання або стоянки судна мала місце подія, що може стати підставою для пред'явлення до судновласника майнових вимог, чинним законодавством передбачена процедура оформлення морського протесту [1, ст. 34; 2, гл. 18]. В положеннях статті 341 Кодексу торговельного мореплавства України вказано, що заява про морський протест робиться з метою забезпечення доказів для захисту прав і законних інтересів судновласників [3, ст. 341].

Процедура оформлення морського протесту не є досконалою, проблематиці даного виду нотаріального провадження присвя-

чені публікації та дослідження таких авторів, як С.Я. Фурса, О.М. Криштопа, Н.В. Ільєва, Ю.З.Драпайло, В.В. Баранкова, В.В. Комаров, Л.К. Радзієвська, С.Г. Пасічник, В.В. Луць.

Також, частково проблеми даного виду нотаріального провадження вже досліджувалися автором в статті «Деякі проблемні аспекти вчинення морського протесту в Україні» [4, с. 422-425].

В даній статті ставиться за мету більш детально дослідити питання кола суб'єктів, що уповноважені на подання заяви про морський протест, та сформулювати пропозиції по розширенню суб'єктного складу цих осіб, зокрема, щодо надання повноважень подавати заяву про морський протест та загалом брати участь у його вчиненні морському агенту.

В основних нормативно-правових актах, що регулюють вчинення морських протестів, та які згадувались вище (КТМУ, Закон України «Про нотаріат», Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України») мова йде про подання заяви про морський протест виключно капітаном судна.

Однак, як зазначають деякі дослідники, існує певна проблема по заявленню морського протесту обмеженим колом осіб (виключно капітаном): «Існуюча в Україні процедура заяви морського протесту інколи робить це неможливим… Якщо стоянка судна у порту є короткочасною (контейнеровоз, паром) та/або припадає на нічний час – морський протест подати неможливо, так як за українським законодавством лист протесту повинен бути поданий особисто капітаном судна» [5, с. 10].

Слід зауважити, що визначення «капітан» розповсюджується на осіб, які здійснюють самостійне командування судами. Дане визначення є найбільш поширеним, оскільки посада капітана судна передбачена для більшості типів суден. Залежно від типу і призначення судна застосовуються також такі визначення, окрім «капітана»:

1) якщо це судно Військово-Морських Сил України – командир корабля (його першим заступником є старший помічник командира корабля; на кораблі, де посада старшого помічника командира корабля не передбачена штатом, його обов'язки виконує помічник командира корабля) [6, п. 14];

2) на несамохідних суднах – шкіпер [7, п. 4];

3) на суднах портового, службово-допоміжного та технічного флоту з дистанційним автоматичним управлінням (дистанційним управлінням) головної енергетичної установки з правом дистанційного управління двигунами з ходового містка – капітан-механік (змінний капітан-механік, змінний помічник капітана-механіка) [7, п. 4].

Як зазначає Л.К. Радзієвська, С.Я. Фурса заява про морський протест також може подаватися іншими керівниками екіпажу [8, с. 658; 9, с. 312]. Якщо не враховувати керівні пости, які, фактично, є «капітанськими» (шкіпер, командир), подання заяви про морський протест іншими особами можливе лише у виключних випадках.

Так, згідно пункту 111 Статуту служби на суднах морського флоту 1976 року, у разі хвороби (смерті) капітана, командування судном приймає старший помічник [10, п. 111]. Про передачу командування негайно інформується судновласник і проводиться запис у судновому журналі [11, с. 427].

Як вбачається з вищевикладеного, подання заяви про морський протест не капітаном обмежене хворобою чи смертю самого капітана. Разом з цим, такі повноваження на себе цілком міг би прийняти морський агент, що вирішило б проблему неможливості подання морського протесту у нічний час, при короткочасних зупинках судна, і т.д.

За словами Ю.З. Драпайла, агентські послуги у морських портах посідають особливе місце, оскільки судновласники та фрахтувальники нерідко користуються послугами агентів для представництва їх інтересів у відносинах з іншими учасниками правовідносин у морських портах [12, с. 152].

Саму ж агентську діяльність можна визначити як різновид підприємницького посередництва, що здійснюється шляхом надання юридичних та фактичних послуг від імені, за рахунок, під контролем та в інтересах принципала [13, с. 7].

Агентська діяльність визначається агентським договором, який більшість вчених відносить до договору надання послуг [14, с. 9]. При цьому, морське агентування є різновидом агентування у морській та портовій галузі, і йому присвячується окрема глава в КТМУ – глава 5 розділу IV, що має назву «Морське агентування».

Важливо зазначити, що до договору морського агентування можна застосовувати не тільки положення КТМУ та Господарського кодексу України, а й положення Цивільного кодексу України, що регулюють договір доручення.

Так, Господарський суд Одеської області у своєму рішенні від 26 жовтня 2009 року по справі № 29/70-09-1996 встановив: «За своєю правовою природою договір морського агентування є одним з видів представництва (доручення). До правовідносин, які виникають із договору доручення відповідно застосовуються норми ст.ст. 237, 239 та 1000 ЦК України. Відповідно до ст. 1000 ЦК України, за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Правочин, вчинений повіреним, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки довірителя. Так, правовідносини, що складаються між особою, яку представляють (судновласником) і третьою особою (Позивачем), є представницькими, оскільки права та обов'язки за правочином, вчиненим представником (Відповідачем) і третьою особою, безпосередньо виникають у особи, яку представляють, тобто у судновласника. Представник вчиняє правочин не від свого імені, а від імені

особи, яку він представляє, внаслідок чого цивільні правовідносини виникають між особою, яку він представляє та правочин, вчинений представником створює, змінює та припиняє цивільні права і обов'язки саме особи, яку він представляє (ст. 239 ЦК України) тобто у цьому випадку судновласника КП «Іллічівське муніципальне пароплавство»» [15].

Отже, морський агент цілком справедливо може виступати як повірений особи, з якою укладено агентський договір. Разом з цим, слід визначити, хто є морським агентом та якими повноваженнями він наділяється.

З законодавством зарубіжних країн визначення морського агента має певні спільні риси: у Хорватії морський агент визначається як фізична або юридична особа, що є посередником у морській діяльності; за польським законодавством, відповідно до Морського кодексу 1961 року, агентом вважається постійний представник судновласника, що від його імені та за його рахунок; за французьким – агент є уповноваженим представником судновласника та виконує весь комплекс послуг та операцій, що не здійснюються самим капітаном судна [16, с. 16-17].

Що ж до вітчизняного законодавства, згідно Правил надання послуг у морських портах України морським агентом визначається «суб'єкт господарювання, який відповідно до договору морського агентування діє від імені та за дорученням судновласника як постійний представник судновласника та за винагороду надає послуги в галузі торговельного мореплавства» [17].

В літературі також зустрічається синонімічне до поняття «морський агент» поняття «судновий агент», визначення якого надає Н.Н. Сергєєва, пояснюючи, що це є представник і помічник судновласника, фрахтівника, оператора судна або власника вантажу, що виступає від імені та за рахунок вищевказаних осіб відповідно до повноважень, що базуються на законі чи договорі. При цьому, агент організовує та координує усі операції по обслуговуванню судна, експлуатаційному та технічному забезпеченню рейсу, в т.ч. й по оформленню різноманітних інформаційних, постачальницьких, юридичних, фінансових документів по усіх справах адміністративного та комерційного характеру, пов'язаних з судном, що агентується [18, с. 171].

А.А. Кудюкін та І.М. Петров розглядають морського агента з подібного ракурсу, визначаючи його як представника і помічника судновласника, що виступає від його імені та за його рахунок в рамках повноважень, визначених законом або договором, в усіх справах адміністративного або комерційного характеру, що стосуються морського перевезення вантажів або пасажирів [19, с. 16].

КТМУ в статті 116 використовує, поруч з поняттям «морський агент», таке поняття як «агентські організації». Незважаючи на це, вбачається, що за відсутності заборон в чинному законодавстві, морський агент може існувати у двох формах – як юридична особа та як фізична особа-підприємець, що узгоджується з положеннями частини 2 статті 55 Господарського кодексу України [20, ст. 55].

Зазначимо, що свою діяльність морський агент може здійснювати не тільки в порту, а й за його територією, що значно розширює коло його повноважень [3, ст. 116].

Н.І. Чернявська зазначає: «діяльність морського агента виходить за рамки діяльності у порту та часто пов'язана з організаціями, мало пов'язаними із роботою у порту» [21, с. 53].

Отже, маючи під собою окреслене законодавче підґрунтя, вищеназвані проблеми могла б бути вирішені шляхом надання можливості морському агенту подавати нотаріусу перелік необхідних документів для вчинення морського протесту, приймати участь в діях, пов'язаних і з вчиненням протесту та отримувати відповідний документ – акт про морський протест.

Даний варіант вже реалізований у деяких зарубіжних країнах, як зазначає Ю.Ю. Васьков, зокрема і в країнах чорноморського регіону: Турція, Болгарія, Румунія [22, с. 10]. Навіть за наявності в положеннях законодавства Бельгії аналогічних вітчизняним норм щодо оформлення морського протесту особисто капітаном судна, в бельгійських портах також існує практика щодо оформлення морських протестів агентами (присутність капітана для оформлення морського протесту бельгійським комерційним судом вимагається лише в окремих випадках) [23, с. 7].

Враховуючи вищевикладене, до ряду нормативно-правових актів (КТМУ, ЗУ «Про нотаріат», Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, Консульського статуту України) слід внести зміни, згідно з якими, поряд з капітаном судна, дозволити звертатися за вчиненням морського протесту та брати участь в його оформленні морському агенту, без обов'язкової присутності капітана.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про нотаріат: Закон України від 02 вересня 1993 року зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, N 39, ст. 383.
2. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: затверджений наказом Міністерства юстиції України № 296/5 від 22 лютого 2012 року // Офіційний вісник України. – 2012 р. – № 17.
3. Кодекс торговельного мореплавства України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1995, №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52, ст. 349.
4. Кириченко К.М. Деякі проблемні аспекти вчинення морського протесту в Україні / К.М. Кириченко // Часопис Київського університету права. – К.: 2016. – № 2016/4. – С. 422-425.
5. Васьков Ю.Ю. Портовые формальности в Украине: оформление прихода, отхода и стоянки морских судов / Ю.Ю. Васьков, М.М. Цимбал. – О.: Латстар, 2002. – 99 с.
6. Положення про корабельну службу у Військово-Морських Силах Збройних сил України: затверджено наказом Міністра оборони України

№ 415 від 25 листопада 2003 року [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1170-03.
7. Положення про звання осіб командного складу морських суден та порядок їх присвоєння: затверджено наказом Міністерства інфраструктури України № 567 від 07 серпня 2013 року [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1466-13.
8. Теорія нотаріального процесу [текст]: Науково-практичний посібник /. За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
9. Радзієвська Л.К., Пасічник С.Г. Нотаріат в Україні: навч. посібник / За заг. ред.. Л.К. Радзієвської. – К.: ЮрінкомІнтер, 2000. – 525 с.
10. Статут служби на судах Міністерства морського флоту Союзу ССР: затверджений наказом Міністерства морського флоту союзу ССР № 6 від 09 січня 1976 року // Органи влади СРСР; Наказ, Статут, Витяг від 09.01.1976 № 6.
11. Давиденко Л. М. Особливості правового статусу капітана судна в міжнародному мореплавстві / Л. М. Давиденко // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – № 60. – С. 425-431.
12. Драпайло Ю.З. Господарські правовідносини у морських портах: монографія / Ю.З. Драпайло. – О.: 2014, – 190 с.
13. Дядюк А.Л. Правове регулювання комерційного посередництва (агентських відносин) у сфері господарювання: автореф. дис.... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «господарське право, господарсько-процесуальне право» / А.Л. Дядюк. – К.: 2010. – 20 с.
14. Дрішлюк А.І. Агентський договір: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «цивільне право і цивільний процес; сімейне право» міжнародне приватне право» / А.І. Дрішлюк. – О.: 2003. – 20 с.
15. Рішення Господарського суду Одеської області від 26 жовтня 2009 року по справі № 29/70-09-1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/6782391
16. Петров И.М. Агентирование морских судов: теория и практика: учебн. пособие / И.М. Петров, В.А. Виговский. – Черновцы: Книги- ХІІ, 2005. – 496 с.
17. Правила надання послуг у морських портах України: затверджені наказом Міністерства інфраструктури України № 348 від 05 червня 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1401-13.
18. Сергеева Н.Н. Понятие и сущность морского агентирования / Н.Н. Сергеева // Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр. – О.: Фенікс, 1999. – Вип. 6-7. – С. 164-172
19. Кудюкин А.А. Правовые аспекты морского агентирования: учеб.-метод. пособие / А.А. Кудюкин, И.М. Петров. – О.: Фенікс, 2006. – 262 с.
20. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, ст.144.
21. Чернявская Н.И. Морской (судовой) агент и его взаимоотношения с таможенными органами в Украине / Н.И. Чернявская // Митна справа. – 2008. – № 3. – С. 49-53
22. Васьков Ю.Ю. Портовые формальности в Украине: оформление прихода, отхода и стоянки морских судов / Ю.Ю. Васьков, М.М. Цимбал. – О.: Латстар, 2002. – 99 с.
23. Виноградов Н.Н. Новое в агентировании морских судов / Н.Н. Виноградов. – Л.: ЛВИМУ, 1974. – 36 с.

Кириченко Кристина Максимовна

УЧАСТИЕ МОРСКИХ АГЕНТОВ ПРИ СОВЕРШЕНИИ МОРСКОГО ПРОТЕСТА

В статье исследуется вопрос возможности расширения круга субъектов, которые могут обращаться за совершением морского протеста, в частности, о включении в этот круг, в дополнение к капитану, еще и морского агента. Анализируется понятие «морского агента».

Ключевые слова: *морской протест, заявление о морском протесте, нотариальное производство, морской агент, судновой агент.*

Kyrychenko Krystyna

PARTICIPATION OF MARINE AGENTS IN THE COMMITTING OF MARINE PROTEST

The article explores the possibility of expanding the circle of subjects who can apply for committing of marine protest, in particular, including to this circle, in addition to the captain, a marine agent. Analyzes the concept of «marine agent».

Keywords: *marine protest, statement of marine protest, notarial proceeding, marine agent, ship agent.*

Панченко Ірина Сергіївна,
аспірантка кафедри нотаріального
та виконавчого процесу і адвокатури
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 341.95

МІСЦЕ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ВІДЧУЖЕННЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА: ПРОБЛЕМИ ТЕРМІНОЛОГІЧНОЇ НЕВИЗНАЧЕНОСТІ

У статті аналізується вітчизняне законодавство на предмет регулювання питання щодо місця нотаріального посвідчення договорів відчуження нерухомого майна. Проводиться співвідношення понять, які вживаються у чинному законодавстві. Окрему увагу приділено питанню визнання недійсним договору, який був нотаріально посвідчений не в належному місці. Автором сформовані висновки та пропозиції, які спрямовані на вдосконалення вітчизняного нотаріального законодавства, які сприяють захисту прав учасників нотаріальних процесуальних правовідносин.

Ключові слова: *нотаріус, договір відчуження, нерухоме майно, консул, місце вчинення правочину, місцезнаходження.*

Актуальність теми. В 2005 році було внесено зміни до ст. 55 Закону України «Про нотаріат», які докорінно змінили традиційні підходи до місця нотаріального посвідчення договорів відчуження нерухомого майна. На сьогодні це зафіксовано і в Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 22 лютого 2012 року (далі – Порядок). На відміну від попередньої редакції зазначених нормативно-правових актів, які передбачали лише один варіант місця укладання таких договорів, а саме за місцем знаходження нерухомого майна, внесені зміни значно розширили можливості сторін договору, надавши їм право на звернення до нотаріуса в тому числі і за місцем знаходження однієї із сторін правочину, проте внаслідок розбіжностей у тлумаченні певних термінів це стало шляхом до зловживання з боку сторін.

На сьогодні чинним законодавством для позначення одного і того ж явища застосовуються різні термінологічні формулювання, на кшталт «місцезнаходження», «місце розташування», «місце реєстрації» тощо, що створює хибне враження про відмінності у змістовному наповненні та складаються передумови для зловживання з боку нотаріусів, які відмовляють у вчиненні нотаріальної дії, користуючись такими термінологічними розбіжностями, що свідчить про актуальність обраної теми.

Тому, **метою** статті є аналіз правової літератури та дослідження вітчизняного законодавства, присвячених регулюванню питання щодо місця нотаріального посвідчення договорів відчуження нерухомого майна, а також формування висновків та пропозицій, які спрямовані на вдосконалення вітчизняного законодавства, які б сприяли захисту прав учасників нотаріальних процесуальних правовідносин.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дане питання вимагає всебічного та грунтовного аналізу правових норм, а також вивчення тенденцій подальшого їх розвитку. Дане питання було предметом розгляду таких вчених як С. Я. Фурса, М. В. Бондарєва, Я. П. Панталієнко, Є.Є. Фурса, М. Авдюков, В. Аргунов, В. Баранкової, С. Пасічник, Л. Радзієвської, Г. Черемних та ін. Проте, питання щодо місця вчинення нотаріальних дій потребує законодавчого втручання з метою прийняття нових нормативних актів та усунення невідповідностей у чинному законодавстві.

Виклад основного матеріалу. Перш за все необхідно зазначити, що дане положення є принципово новим для сучасного законодавства, враховуючи те, що в більшості країн СНД не передбачено можливості нотаріального посвідчення таких договорів за місцезнаходженням однієї із сторін [1, с. 141].

Невизначеність в термінології з'явилася саме із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15 грудня 2005 року № 3201-IV [2], де у Закон України «Про нотаріат» внесено зміни в ст. 55 та стало застосовуватися поняття *«місцезнаходженням (місце реєстрації)»*, а в статті 73 цього ж Закону термін – *«місце розташування»* [3]. В Порядку в п.1 Глави 1 застосовується термін аналогічний ст. 55 Закону «Про нотаріат», проте по тексту далі застосовуються поняття *«місце розташування»* та *«місце знаходження»* [4]. Ми вважаємо, що було недоречним замінювати поняття *«місцезнаходження нерухомого майна»*, *«місце розташування»,* оскільки це призводить до «гри» з юридичними термінами.

Відповідно до п. 1 Глави 15 Порядку, нотаріус накладає заборону щодо відчуження житлового будинку, квартири, дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна, майнових прав на нерухоме майно і транспортних засобів, що підлягають державній реєстрації, за *місцезнаходженням (місцем реєстрації)* цього майна або за *місцезнаходженням (місцем реєстрації)* однієї із сторін правочину, в зв'язку з яким накладається заборона, проте на противагу цьому в ст. 73 Закону «Про нотаріат» застосовується поняття *«місце розташування»*.

Необхідно обов'язково узгодити ст. 73 Закону України «Про нотаріат» з п.1.1 Глави 15 Порядку, оскільки перша встановлює лише як додаткову можливість накладення заборони відчуження нерухомого майна за місцезнаходженням однієї із сторін правочину, що не узгоджується із Законом.

Необхідно також додатково зазначити, що таке неузгодження наявне і в Законі України «Про заставу», відповідно до якого посвідчення договору застави нерухомого майна здійснюється за його *місцезнаходженням*, а космічних об'єктів – *за місцем реєстрації* [5]. Тому, необхідно передбачити у цій статті можливість укладати договір застави нерухомого майна також і за місцезнаходженням однієї із сторін договору.

Вважаємо, що більш виправданим є застосовувати термін *«місцезнаходження»,* так як саме цим терміном оперує Цивільний кодекс України (далі – ЦК). Необхідно зазначити, що предметом вищезазначених нормативно-правових актів та досліджуваної статті використовується в двох аспектах – щодо нерухомого майна та щодо однієї із сторін правочину. Проте, термін «місцезнаходження» є предметом дискусії в наукових колах.

Відповідно до ст. 657 ЦК місцем укладення договору є місце проживання фізичної особи або місцезнаходження юридичної особи, яка зробила пропозицію укласти договір, якщо інше не встановлено договором [6]. У листі Міністерства юстиції України від 1 лютого 2006 року встановлено, що у тексті правочину необхідно зазначати, що сторони дійшли згоди щодо місця його укладання [7]. Але, ч. 1 ст. 647 ЦК не може розглядатися правовою підставою для того, щоб сторони зазначали, що своєю волею вони змінили місце укладення договору, так як ця стаття має зовсім інше призначення, так як дає відповідь на питання про місце укладення договору, якщо у самому тексті договору не зазначено. Тому, вважаємо, що дане тлумачення у листі Міністерства юстиції України суперечить суті ст. 647 ЦК, оскільки дана норма стосується лише договорів, що укладаються у письмовій формі. Нотаріально посвідчений договір не може містити посилання на місце його укладення.

Формулювання *«місцезнаходження однієї із сторін правочину»* може застосовуватися по аналогії до фізичних осіб. Законодавець проводить розмежування легальних понять *«місцезнаходження»* та *«місце проживання»*. Перше з них відповідно до ст. 93 ЦК пов'язується лише з юридичними особами, а друге – подібне поняття, проте пов'язується з фізичними особами відповідно до ст. 29 ЦК. Закон не ставить можливість нотаріального посвідчення договорів за місцезнаходженням сторони в залежність від того, хто виступає сторонами договору, юридичні чи фізичні особи, а також не встановлює обмежень щодо здійснення цього права фізичними особами. Статтею 27 ЦК передбачено, що правовий акт не може обмежувати можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки.

Відповідно до висновку науково – правової експертизи щодо підстави відмови нотаріусом у вчиненні нотаріальної дії у розумінні норми ст. 55 Закону України «Про нотаріат», наданого Науково-дослідним інститутом інтелектуальної власності Академії правових наук України, законодавець під *«місцезнаходженням однієї із сторін договору»* мав на увазі також «місцезнаходження» фізичної особи, хоча прямо в правовій нормі і не загадується термін «місце проживання» [8].

Відповідно до ч. 2 ст. 317 ЦК на зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження майна. Але, дане положення не суперечить імперативу, встановленому ст. 55 Закону України «Про нотаріат» та Порядку, оскільки вимога дотримання належного місця нотаріального посвідчення правочинів стосується саме нотаріусів, а не власників нерухомого майна, а тому є публічно – правовим приписом і ніяким чином не впливає на можливості власника вільно володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном [9].

Для розуміння терміну *«місце проживання фізичної особи»* необхідно також звернути увагу на Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», де у ст. 3 розмежовуються поняття *«місце проживання»* та *«місце перебування»* як адміністративно – територіальна одиниця, на території якої особа проживає не менше певного терміну. Місце проживання складає мінімум шість місяців на рік, а місце перебування – до шести місяців на рік.

Варто також зазначити, що чинна редакція ч. 1 ст. 41 Закону України «Про нотаріат» свідчить не про місце вчинення нотаріального провадження, а про компетенцію нотаріусів та посадових осіб органів місцевого самоврядування. У той же час ч. 2 ст. 41 Закону встановлює загальне правило вчинення нотаріальних проваджень, які не узгоджуються між собою. Тому, вважаємо, що ці дві частини однієї норми не узгоджуються між собою, оскільки перша свідчить про компетенцію осіб, які вправі вчиняти нотаріальні провадження, а друга – про місце їх вчинення [10, с. 484].

Тому автором підтримується позиція С.Я. Фурси, за якою вважається доцільним встановлювати не тільки повноваження щодо вчинення нотаріальних дій, а необхідність говорити про компетенцію нотаріусів щодо вчинення нотаріальних проваджень.

Слід також зауважити, що зміни у законодавстві про нотаріат щодо місця посвідчення правочинів щодо нерухомого майна, також мають здійснити вплив на інші норми Закону «Про нотаріат».

Так, ст. 38 Закону, де йдеться про повноваження консула у п. 1 щодо посвідчення договорів, має місце застереження, що консул не може посвідчувати договори про відчуження нерухомого майна, яке знаходиться в Україні. Але автор підтримує думку Є.Є. Фурси щодо можливості нині посвідчувати такі договори у зв'язку із змінами у ст. 55 Закону «Про

нотаріат». Справедливою є також пропозиція цього автора про те, що у розглядуваній ситуації можна посвідчувати попередній договір купівлі-продажу нерухомого майна, а основний на території України. Як зазначає Є.Є. Фурса до прав громадян України, які перебувають за кордоном потрібно ставитись не формально, а враховувати їх реальні потреби [11, с. 364]. Це можливо тому, що інформацію про нерухоме майно та його обтяження консул може взяти із електронних реєстрів, до яких він має доступ через Міністерство закордонних справ. Тому, на нашу думку, слід внести відповідні зміни у п. 1 ст. 38 Закону України «Про нотаріат» про виключення застереження щодо неможливості посвідчення договорів про відчуження нерухомого майна, яке знаходиться в Україні.

В контексті предмету даного дослідження варто приділити увагу питанню щодо посвідчення нерухомого майна в межах нотаріального округу. Так, якщо договір був нотаріально посвідчений не в належному місці, чи буде він визнаватися недійсним? Для прикладу, якщо нерухоме майно знаходиться в м. Чернівці, сторони договору проживають в м. Києві і звернулися за посвідченням договору купівлі-продажу даного нерухомого майна до київського нотаріусу, то відповідно до ст. 55 нотаріус може посвідчити даний договір, так як Закон дозволяє посвідчувати такі договори за місцезнаходженням (місцем реєстрації) однієї зі сторін відповідного правочину. Проте, якщо ні місцезнаходження майна, ані сторони не підпадають під нотаріальний округ, то нотаріус повинен відмовити у вчиненні нотаріальної дії на підставі ст. 49 Закону України «Про нотаріат», так як дія підлягає вчиненню іншим нотаріусом.

Судова практика в питанні визнання недійсними договорів, які посвідчені не в межах нотаріального округу неоднозначна [12]. Так, в одних випадках визнається недійсним через невідповідність положень ст. 203 ЦК (щодо невідповідності форми, встановленій законом), в інших випадках такий договір визнається недійсним через недотриманням положень Закону України «Про нотаріат» та Порядку, не зазначаючи про ЦК, а в деяких випадках такі договори взагалі не можуть визнаватися недійсними, адже особа може звернутися до будь-якого нотаріуса за вчиненням нотаріальної дії, спираючись на ст. 41 Закону України «Про нотаріат» [13]. На нашу думку, визнавати недійсним з підстав невідповідності форми за ЦК не є правильним, адже форма була дотримана, проте була порушена процедура такого посвідчення самим нотаріусом. Тому правильнішим є визнавати такі договори недійсними з підстав недотримання нотаріальної процедури посвідчення договорів щодо відчуження нерухомого майна, передбаченої Законом України «Про нотаріат» та Порядком.

Висновки. Отже, можна зазначити, що такі зміни поставили більше питань, ніж надали відповідей. Неузгодженість деяких положень законодавства про нотаріат може призвести до виникнення правопорушень, тому для чіткої регламентації діяльності нотаріусів та запобігання зловживань при здійсненні нотаріального провадження необхідно внести суттєві корективи до нормативно-правових актів. Виходячи з того, що в сучасних умовах відсутні пропозиції щодо скасування внесених змін, з метою вдосконалення перспективного нотаріального процесуального законодавства та усунення розбіжностей у термінології необхідно ч. 4 ст. 55 Закону «Про нотаріат», а також відповідні положення Порядку викласти в такій редакції: «Посвідчення угод про відчуження, заставу (іпотеку) нерухомого майна, угод про відчуження, заставу (іпотеку) повітряних та морських суден, суден внутрішнього плавання, космічних об'єктів здійснюється нотаріусом за місцезнаходження (місцем реєстрації) цього майна або за місцезнаходження чи місцем реєстрації однієї із сторін правочину».

Також необхідно привести норму ст. 38 Закону щодо можливості нині посвідчувати договори щодо відчуження нерухомого майна до ст. 55 Закону України «Про нотаріат». Тому, на нашу думку, слід внести відповідні зміни у п. 1 ст. 38 Закону України «Про нотаріат» про виключення застереження щодо неможливості посвідчення договорів про відчуження нерухомого майна яке знаходиться в Україні та викласти його у такій редакції: «посвідчують будь-які угоди (договори, заповіти, довіреності, іпотечні договори, угоди про відчуження та заставу жилих будинків, квартир, дач, садових будинків, гаражів, земельних ділянок, іншого нерухомого майна, що знаходиться в Україні тощо)».

У випадку посвідчення договорів відчуження нерухомого майна не в межах нотаріального округу, такі договори необхідно визнавати недійсними з підстав недотримання спеціальної нотаріальної процедури посвідчення таких договорів, передбаченою чинним законодавством про нотаріат.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бондарєва М.В., Стоян В.О. До питання про належне місце укладення та нотаріального посвідчення договорів відчуження, застави (іпотеки) нерухомого майна /М.В.Бондарєва, В.О.Стоян //Університетські наукові записки, 2008. – № 4. – С. 141-144.
2. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15 грудня 2005 року № 3201-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3201-15.
3. Закон України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року зі змінами та доповненнями станом на 27. 11. 2016 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1447406653650104.
4. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 22 лютого 2012 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1447406653650104.

5. Закон України «Про заставу» від 2 жовтня 1992 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2654-12/print1447406653650104.
6. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року[Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
7. Лист Міністерства юстиції України від 1 лютого 2006 року «Щодо порядку державної реєстрації прав власності на об'єкти незавершеного будівництва» Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v32_1323-06.
8. Висновок науково-правової експертизи щодо підстаив відмови нотріаусом у вчненні нотаріальної іді у розумінні норми ст. 55 Закону України «Про нотаріат» Науково – дослідного інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України // Нотаріат для Вас. – 2006. – № 5. – с. 15.
9. Єрьоменко В. Проблеми застосування ст. 55 Закону «Про нотаріат» [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://notaries.org.ua/info/230.
10. Теорія нотаріального процесу [текст]: науково-практичний посібник/ За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
11. Нотаріат України. Кн. 1 Організація нотаріату (з практикумом) / За заг. ред. С.Я. Фурси – К., Правова єдність, 2015. – 484 с.
12. Рішення суду або ще раз про «місцезнаходження» [Електронний ресур] – Режим доступу: http://dmytruk.co.ua/node/56.
13. Коротюк О.В. Нуково-практичний коментар до Закону України \»Про нотаріат\» [Електронний ресурс] / Коротюк О.В. – Режим доступу до ресурсу:http://pidruchniki.com/1601101347424/pravo/pravila_vchinennya_notarialnih_diy.

Панченко Ирина Сергеевна

МЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ ОТЧУЖДЕНИЯ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА: ПРОБЛЕМЫ ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ

В статье анализируется отечественное законодательство на предмет регулирования вопроса о месте нотариального удостоверения договоров отчуждения недвижимого имущества. Проводится соотношение понятий, используемых в действующем законодательстве. Особое внимание уделено вопросу признания недействительным договора, который был нотариально удостоверен не в надлежащем месте. Автором сформированы выводы и предложения, направленные на совершенствование отечественного нотариального законодательства, которые способствуют защите прав участников нотариальных процессуальных правоотношений.

Ключевые слова: *нотариус, договор отчуждения, недвижимое имущество, консул, место совершения сделки, местонахождение.*

Panchenko Ira

THE PLACE OF CONCLUSION OF AGREEMENTS ON DISPOSAL OF REAL ESTATE: PROBLEMS OF TERMINOLOGICAL UNCERTAINTY

The paper is devoted to the analyzes of the national legislation on the issue of the place of notarization of agreements on disposal of real estate. A correlation of concepts used in the current legislation is carried out. Particular attention is paid to the issue of invalidating a contract that was notarially certified in the wrong place. The author formulates conclusions and proposals aimed at improving the national notarial legislation, which contribute to the protection of the rights of participants in notarial procedural legal proceedings.

Keywords*: notary, disposal contract, real estate, consul, place of transaction, location.*

Шрамова Олександра Сергіївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.961.41 -053.2 (477)

НЕОБХІДНІСТЬ ВСТАНОВЛЕННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОЇ НОТАРІАЛЬНОЇ ФОРМИ ЗГОДИ ЖІНКИ НА ПРОВЕДЕННЯ ОПЕРАЦІЇ (ПРОЦЕДУРИ) ШТУЧНОГО ПЕРЕРИВАННЯ ВАГІТНОСТІ

У статті досліджено нагальну потребу у встановленні обов'язкової нотаріальної форми згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності. Відносини щодо переривання вагітності належать не лише до приватної сфери, а містять у собі публічний елемент. Кваліфікаційний рівень, повноваження та відповідальність нотаріуса дозволяють забезпечити такі ознаки правомірної згоди вагітної жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання небажаної вагітності, як дійсність, інформованість, усвідомленість, вольовий характер і добровільність.

Ключові слова: *згода жінки, переривання вагітності, пренатальні права, нотаріальна форма, нотаріус, права дитини, права батька.*

Постановка проблеми. Відповідно до п. 2.3. Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, затвердженого Наказом МОЗ № 423, операція (процедура) штучного переривання небажаної вагітності здійснюється після обов'язкового підписання вагітною жінкою інформованої добровільної згоди вагітної жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання небажаної вагітності за формою, затвердженою Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 24 травня 2013 року № 423 [1] (надалі – Згода жінки). Наразі підписання цього документу носить суто формальний характер, повсякчас відбувається в день звернення жінки безпосередньо у медичній установі, де здійснюється операція штучного переривання вагітності. Правомірна Згода жінки характеризується такими обов'язковими ознаками, як *дійсність*, *інформованість*, *усвідомленість*, *вольовий характер*, *добровільність*, однак їх дотримання в Україні не забезпечується та не контролюється державою.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання необхідності встановлення обов'язкової нотаріальної форми для згоди вагітної жінки на проведенні операції (процедури) штучного переривання небажаної вагітності досі не піднімалося в юридичній літературі. Питання принципів нотаріального процесу досліджувалося С.Я. Фурсою, Н.С. Горбань; питання обов'язкових ознак згоди вагітної жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання небажаної вагітності – О.С. Шрамовою.

Постановка завдання. Розглянути потребу та доцільність встановлення обов'язкової нотаріальної згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Операція (процедура) штучного переривання вагітності зачіпає не лише права та інтереси жінки. У справі Brüggemann and Scheuten v. Germany Комісія Європейського суду з прав людини зазначила: «… не можна сказати, що вагітність відноситься виключно до сфери приватного життя. Всякого разу, коли жінка є вагітною, її приватне життя стає тісно пов'язаним з плодом, що розвивається» [2]. Дитина, що знаходиться в утробі матері, перебуває в абсолютно безпорадному стані, юридично не захищена, і залежить цілком і повністю від поведінки матері, яка, в свою чергу, є в стані вагітності, а отже, в стані емоційної нестабільності. Наслідки ж операції (процедури) штучного переривання вагітності є невідворотними: жінка, що перервала вагітність, не перестає бути матір'ю, а назавжди стає матір'ю мертвої дитини.

Саме тому операція (процедура) штучного переривання вагітності не є звичайним оперативним втручанням– це операція по умертвінню дитини. І якщо вже такі «процедури» наразі є легальними в Україні, не можна заперечувати того факту, що відповідно до діючого законодавства Згода жінки є єдиною підставою для їх проведення. За таких умов необхідно приділити максимум уваги правомірності такої згоди, запобіганню проведенню операцій з штучного переривання вагітності без належної на те згоди жінки.

Одразу слід зазначити, що з позицій природного права Згода жінки правомірною бути не може як така; вона є протиправною, оскільки порушує *природне право дитини на пренатальній стадії розвитку на життя*. Втім, якщо виходити з позитивістських реалій, то правомірною можна назвати таку Згоду жінки, яка відповідає всім вимогам законодавства, що регулює відносини щодо надання жінкою такої згоди, та містити в собі всі ознаки такої відповідності.

Відповідно до попередніх досліджень, такими ознаками є: 1) дійсність- надання згоди жінкою, що володіє необхідним для цього обсягом дієздатності, або її законним представником; 2) інформованість – отримання жінкою всієї необхідної інформації, що стосується переривання вагітності, його альтернатив, наслідків; 3) усвідомленість – розуміння отриманої інформації, значення своїх дій та їх наслідків; 4) вольовий характер- твердість у прийнятому рішенні та наполегливість у його реалізації; і 5) добровільність – надання згоди з власного бажання, доброї волі, без насилля і примусу.

Наявність перерахованих ознак підлягає незалежній, неупередженій оцінці і перевірці особою, що має достатній для цього рівень правої підготовки, здатною надати юридичної вірогідності вчинюваній дії, зобов'язаною зберігати в таємниці отримані відомості, а також такою, що не отримує вигоди від операції штучного переривання вагітності і у разі невідповідності законодавству України відмовить у вчиненні такої дії, а також буде нести відповідальність за вчинені дії. Безперечно, жоден медичний працівник установи, що проводить операції штучного переривання вагітності, не відповідає і половині зазначених вимог.

Відповідно до положень ст. 3 Закону України «Про нотаріат», нотаріус є уповноваженою державою фізичною особою, що, зокрема, вчиняє передбачені законом нотаріальні дії з метою надання їм юридичної вірогідності, має повну вищу юридичну освіту і стаж роботи у сфері права не менш як шість років, склала кваліфікаційний іспит і отримала свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю. Відповідно до ст. 5 вказаного Закону, нотаріус зобов'язаний сприяти громадянам у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Нотаріус зобов'язаний зберігати в таємниці відомості, одержані ним у зв'язку з вчиненням нотаріальних дій, а також відмовити у вчиненні нотаріальної дії в разі її невідповідності законодавству України або міжнародним договорам. Відповідно до ст. 27 Закону України «Про нотаріат», нотаріуси несуть відповідальність

за шкоду, заподіяну особі внаслідок власних незаконних дій або недбалості [3].

Як обґрунтовує С.Я. Фурса, нотаріус здійснює свою діяльність на основі принципів, до яких належать, зокрема, принципи: верховенства права; доступності і гарантованості охорони фізичними особами їх безспірних прав; сприяння громадянам у здійсненні їхніх прав і охоронюваних законом інтересів; нотаріальної таємниці; професійної компетентності та морально-етичних стандартів діяльності; незалежності; неупередженості; диспозитивності; безспірності нотаріального процесу; безпосередності у нотаріальному процесі; обґрунтованості нотаріальних процесуальних актів [4, с. 65-106]. Саме таких основоположних засад потребує перевірка правомірності Згоди жінки.

Зазначимо, що на сьогодні законодавством вже встановлена обов'язкова нотаріальна форма для ряду односторонніх правочинів, що виникають з сімейних правовідносин і також мають назву «згода»: згода батьків на усиновлення дитини (ч. 5 ст. 217 Сімейного кодексу України, надалі – СК України); згода другого з подружжя на усиновлення дитини (ч. 1 ст. 220 СК України); згода другого з подружжя на укладення одним із подружжя договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації (ч. 3 ст. 65 СК України) [5]; згода батьків (усиновлювачів, піклувальників) на виїзд дитини за кордон (Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України»[6]).

Навряд чи жоден з наведених документів має більший ступінь важливості для долі дитини, ніж згода жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності, що по факту є згодою на внутрішньоутробне позбавлення дитини життя.

Не можна також обійти увагою ту обставину, що у відносинах, які стосуються долі дітей, сімейним законодавством передбачається згода не лише матері, а й батька дитини. У випадку ж прийняття жінкою рішення про переривання вагітності законодавством України не передбачена згода батька дитини, навіть якщо жінка перебуває у зареєстрованому шлюбі. Варто зазначити, що такий підхід може бути розцінений як дискримінаційний, оскільки факт початку вагітності та очікування народження дитини викликає сильні батьківські почуття, які не можна залишати за дужками при вирішенні питання про продовження чи переривання вагітності.

У деяких країнах (Греція, Республіка Гвінея-Бісау, Єгипет, Японія, Іран, Ірак, Корея, Кувейт, Республіка Малаві, Королівство Марокко, Нікарагуа, Сирія, Туреччина, Об'єднані Арабські Емірати) обов'язковою умовою штучного переривання вагітності законодавство передбачає згоду батька дитини, якщо жінка перебуває у шлюбі [7; 8].

Питання необхідності надання батьком дитини згоди на проведення штучного переривання вагітності у випадку, якщо жінка перебуває у зареєстрованому шлюбі, потребує детального дослідження, наукового та громадського обговорення. Втім, у разі позитивного вирішення цього питання, нотаріус зможе посвідчувати і згоду батька дитини на проведення штучного переривання вагітності.

Відповідно ст. 44 ЗУ «Про нотаріат», під час посвідчення правочинів визначається обсяг цивільної дієздатності осіб, які беруть у них участь. У разі наявності у нотаріуса сумнівів щодо обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, яка звернулася до нього за вчиненням нотаріальної дії, нотаріус зобов'язаний звернутися до органу опіки та піклування за місцем проживання відповідної фізичної особи для встановлення факту відсутності опіки або піклування над такою фізичною особою. Таким чином, нотаріус має більше, ніж будь-яка інша особа, повноважень щодо визначення обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, а отже може перевірити наявність у жінки необхідного обсягу цивільної дієздатності і забезпечити таку ознаку правомірної Згоди жінки, як *дійсність*.

Порушені питання діяльності нотаріуса тісно пов'язані з проблематикою реєстраційного процесу, а саме: 1) доступу нотаріусів до Державного реєстру актів цивільного стану громадян; 2) відсутності державного реєстру осіб, цивільна дієздатність яких визнана судом обмеженою, або визнаних недієздатними. Крім того, потребує розробки питання необхідності державної реєстрації фактів початку перебігу вагітності, її переривання. Так, запровадження державної реєстрації цих фактів дозволило б вирішити проблеми щодо участі зачатої за життя спадкодавця, але народженої після його смерті дитини у спадкових відносинах. Встановлення обов'язкової нотаріальної форми згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності дозволило б вносити відомості до відповідного державного реєстру щодо посвідчення нотаріусом такої згоди.

Запровадження обов'язкової нотаріальної форми для згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності ускладнює доступ жінки до проведення такої операції. Але чи має такий доступ бути занадто простим?

Порядок надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, затверджений Наказом МОЗ № 423[9] та Клінічний протокол «Комплексна медична допомога під час небажаної вагітності», затверджений Наказом МОЗ № 1177[10], передбачає невідкладний і безперешкодний доступ жінки до операції з штучного переривання вагітності, без з'ясування причин, що спонукали жінку на такий вчинок, без надання часу на роздуми, на вгамування емоцій, без жодних пропозицій допомоги, роз'яснення можливих альтернатив тощо. Не слід забувати і про те, що операція (процедура) штучного переривання вагітності зазвичай є платною, тобто у її проведенні медичні установи зацікавлені. За таких умов запровадження обов'язкової нотаріальної форми згоди жінки

на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності є вкрай необхідним для забезпечення такої ознаки Згоди жінки, як *вольовий характер*, тобто твердість прийнятого рішення і наполегливість у його реалізації.

Висновки. Надання жінкою згоди на штучне переривання вагітності зачіпає права та інтереси не тільки самої жінки, але і дитини, що розвивається у неї в утробі, та батька цієї дитини, а отже ці відносини містять у собі публічний елемент і потребують державного захисту. Державою не забезпечується правомірність згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності, що полягає у дотриманні таких її ознак, як дійсність, інформованість, усвідомленість, вольовий характер і добровільність. Запровадження обов'язкової нотаріальної форми згоди жінки на проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності створить умови для прийняття жінкою дійсного, інформованого, усвідомленого, вольового і добровільного рішення.

Подальшого дослідження потребує питання батьківських прав щодо дитини що знаходиться на пренатальній стадії розвитку, доступу нотаріусів до Державного реєстру актів цивільного стану громадян, відсутності державного реєстру осіб, цивільна дієздатність яких визнана судом обмеженою, або визнаних недієздатними, а також питання необхідності державної реєстрації фактів початку перебігу вагітності та її переривання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 24.05.2013 № 423 «Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення»// Офіційний вісник України. – 2013. – № 57. – ст. 114.
2. Brüggemann and Scheuten v. Germany, p. 116, §59.
3. Закон України від 02.09.1993 № 3425 – XII «Про нотаріат» (в ред. від 02.11.2016)// Голос України. – 1993. – № 39. – ст. 383.
4. Теорія нотаріального процесу [Текст]: Науково-практичний посібник / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
5. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III (в ред. від.19.10.2016)// Голос України. – 2002. – № 38.
6. Закон України від 21.01.1994 № 3857- XII «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» (в ред. від 01.10.2016)// Голос України. – 1994.
7. Four countries liberalize abortion laws [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12266276 (дата звернення – 27.11.2016).
8. Paternal rights on abortion [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://en.wikipedia.org/wiki/Paternal_rights_and_abortion (дата звернення – 27.11.2016).
9. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 24.05.2013 № 423 «Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення» // Офіційний вісник України. – 2013. – №57. – стор. 114. – ст. 2065.
10. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 31.12.2010 № 1177 «Про затвердження клінічного протоколу «Комплексна допомога під час небажаної вагітності» [Електронний ресурс]: Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/rada/show/v1177282-10.

Шрамова Александра Сергеевна

НЕОБХОДИМОСТЬ УСТАНОВЛЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬНОЙ НОТАРИАЛЬНОЙ ФОРМЫ СОГЛАСИЯ ЖЕНЩИНЫ НА ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАЦИИ (ПРОЦЕДУРЫ) ИСКУССТВЕННОГО ПРЕРЫВАНИЯ БЕРЕМЕННОСТИ

В статье исследована насущную необходимость в установлении обязательной нотариальной формы согласия женщины на проведение операции (процедуры) искусственного прерывания беременности. Отношения по прерыванию беременности относятся не только к частной сфере, а включают в себя публичный элемент. Квалификационный уровень, полномочия и ответственность нотариуса позволяют обеспечить такие признаки правомерного согласия беременной женщины на проведение операции (процедуры) искусственного прерывания нежелательной беременности, как действительность, информированность, осознанность, волевой характер и добровольность.

Ключевые слова: *согласие женщины, прерывание беременности, пренатальные права, нотариальная форма, нотариус, права ребенка, права отца.*

Shramova Oleksandra

NECESSITY FOR ESTABLISHMENT OF THE MANDATORY NOTARY FORM OF THE WOMAN'S CONSENT FOR OPERATION (PROCEDURE) OF ARTIFICIAL PREGNANCY TERMINATION

The article researches the urgent need for establishing the mandatory notary form of the woman's consent for operation (procedure) of artificial pregnancy termination. Relations on abortion refer not only to private sphere, but also include public element. Qualifications, powers and responsibility of the notary allow for providing informative, volitional, willful, voluntary, and conscious consent of a woman for artificial termination of pregnancy.

Keywords: *woman's consent, pregnancy termination, prenatal rights, notary form, notary, rights of the child, paternal rights.*

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Грицик Анна Сергіївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК: 347.238.12

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО ВИЗНАННЯ ШЛЮБНИХ ДОГОВОРІВ НЕДІЙСНИМИ

У статті висвітлюється проблема нормативної невизначеності поняття «надзвичайно невигідне матеріальне становище» одного з подружжя. Автор розглядає цю категорію як одну із підстав визнання шлюбного договору недійсним, аналізує судову практику, яка виникає з підстав порушення ч. 4 ст. 93 СК України, вказує на необхідність встановлення в судовому порядку недійсності шлюбного договору в цілому чи окремих його частин, пропонує шляхи для усунення наявних прогалин в законодавстві.

Ключові слова: *шлюбний договір, подружжя, надзвичайно невигідне матеріальне становище, недійсність, судова практика.*

Шлюбний договір, як і інші правочини, у силу визначених у законі підстав може бути визнаний недійсним.

Так, частиною 1 статті 215 ЦК України передбачено, що підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частиною першою – третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу [1]. Натомість, ст. 203 ЦК України містить загальні підстави недійсності правочинів, зокрема: зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей [1].

Шлюбний договір на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси якої цим договором порушені, може бути визнаний недійсним за рішенням суду з підстав, встановлених ЦК України (ст. 103 СК України) [2].

Незважаючи на те, що СК України здійснює пряме посилання на підстави недійсності правочинів, які встановлені в ЦК України – обмежитися виключно цими нормами не можна, бо СК України містить цілу низку власних умов, порушення яких, без сумніву, слугуватимуть підставою для визнання шлюбного договору недійсним.

Підтвердженням цього є судова практика, сформована за результатами розгляду справ, предметом яких було визнання шлюбних договорів недійсними.

Відповідно до ч. 4 ст. 93 СК України, однією із підстав визнання шлюбних договорів недійсними – є «надзвичайно невигідне матеріальне становище одного з подружжя» [2].

Виникає питання: «Що ж означає «надзвичайно невигідне матеріальне становище? Який зміст цього поняття?».

Законодавець відповіді на вказані питання не надає, жоден нормативно-правовий акт не містить тлумачення зазначеного поняття. Перші кроки на цьому шляху були зроблені при поданні законопроекту № 10668 від 25 червня 2012 року «Про внесення змін до сімейного кодексу України (щодо шлюбних договорів)». Ним пропонувалося внести зміни до ч. 4 ст. 93 СК України та додати до неї новий абзац наступного змісту: «Надзвичайно невигідне матеріальне становище слід вважати таким, якщо за умовами договору у разі поділу майна подружжя, все майно передаватиметься одному з них, натомість другий буде отримувати майно незначної вартості; відмова одного з подружжя від майбутньої зарплати на користь одного з них; коли один із подружжя бере на себе явно обтяжливі обов'язки (зобов'язується у разі розірванні шлюбу утримувати свого колишнього дружину/чоловіка, його дітей та близьких родичів, третіх осіб); не повинно обмежувати права та дієздатність дружини та чоловіка» [3].

Із вказаною пропозицією погоджується і адвокат Наталія Горбаль [4, с. 224].

Проте, законопроект № 10668 не отримав очікуваної підтримки і станом на сьогодні до ч. 4 ст. 93 СК України зміни, запропоновані у ньому, не внесені.

Однак, судова практика свідчить про неоднозначність тлумачення судами даного поняття при постановленні судових рішень..

Так, рішенням Бабушкінського районного суду міста Дніпропетровська від 22 вересня 2016 року у справі № 201/6357/14-ц за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2, треті особи: П'ята Дніпропетровська державна нотаріальна контора, Орган опіки та піклування Жовтневої районної у м. Дніпропетровську ради,

шлюбний договір визнаний частково недійсним із-за недотримання сторонами положень ч. 4 ст. 93 СК України. У вказаному рішенні суд встановив, що при укладенні шлюбного договору між Особа_1 та Особа_2 було порушено ч. 4 ст. 93 СК України та визнав з цих підстав недійсними п. 31. Цим пунктом визначено, що усе майно, яке буде придбане подружжям за час шлюбу, за винятком речей індивідуального користування належатиме подружжю на праві спільної власності. Речі, придбані для професійної діяльності винятково одним із подружжя до шлюбу вартістю до 25 тис. грн., а саме професійний та інший електричний прилад та інструмент, ікони та інші релігійні предмети, комп'ютери та інша оргтехніка, а також інші речі будуть особистою власністю ОСОБА_2. Речі придбані за час шлюбу вартість яких перевищує 1 тис. грн. будуть їхньою спільною сумісною власністю, окрім тих, що оговорені у «наступному» договорі.

Суд прийшов до висновку, що положення про те, що речі позивача, які придбані ним до шлюбу з моменту одруження, стають особистою власністю відповідача, порушує п. 4 ст. 93 СК України, а саме: ставить одного з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище. Дане положення також порушує і п. 1 ч. 1 ст. 57 СК України, де встановлено, що особистою власністю дружини чоловіка є: майно, набуте нею, ним до шлюбу.

Таким чином, суд вважає, що дане положення п. 31 Договору суперечить нормам законодавства, а тому є недійсним [5].

В мотивувальній частині цього ж рішення суд також зазначив: «З п. 24 Договору випливає, що коли у подружжя, виникають спільні права на власність дружина відразу після підписання та нотаріального посвідчення цього договору видає чоловіку генеральну довіреність на вчинення будь-яких дій щодо управління та розпорядження майном, що належить на праві спільної часткової власності або спільної сумісної власності. Положення п. 24 Договору обмежує права дружини та порушує п. 4 ст. 93 СК України, а саме: ставить одного з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище. Проте, зважаючи на той факт, що позивач не просить суд визнати недійсним п. 24 Договору – суд не в праві виходити за межі позовних вимог» [5].

У аналогічній справі, в котрій також предметом позову було визнання шлюбного договору недійсним з підстав порушення ч. 4 ст. 93 СК України, Приморський районний суд міста Одеси у своєму рішенні № 522/17811/16 від 03 листопада 2016 року зазначив наступне: «Позовні вимоги обгрунтовані тим, що вказаний шлюбний договір ставить позивача, як одного із подружжя, у надзвичайно невигідне матеріальне становище, що є прямим порушенням її прав, а все тому, що п. 4 шлюбного договору передбачає, що у випадку розірвання шлюбу всі об'єкти рухомого та нерухомого майна, належні чоловіку або дружині, вважаються особистою приватною власністю того з подружжя, на чиє ім'я таке майно придбане або набуте» [6].

Відмовляючи у задоволенні позовних вимог в повному обсязі, суд здійснив посилання на ч. 2 ст. 7 СК України, яка закріплює можливість врегулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками [2], та зазначив, що ст. 9 СК України визначає загальні межі договірного регулювання відносин між подружжям, а саме: така домовленість не повинна суперечити вимогам СК України, іншим законам та моральним засадам суспільства. Під вимогами законів у цьому випадку слід розуміти імперативні норми, що встановлюють заборону для договірного регулювання відносин подружжя [6].

У вказаному рішенні суд дійшов до наступного висновку: «Оскільки договір, у тому числі шлюбний, передусім є категорією цивільного права, то відповідно до ст.8 СК України у випадках договірного регулювання сімейних відносин повинні застосовуватися загальні норми ст.ст. 3, 6 ЦК України щодо свободи договору, а також глав 52, 53 ЦК України щодо поняття та умов договору, його укладення, зміни й розірвання [6].

Так, ч.3 ст.6 ЦК України передбачає, що сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд, надаючи таким чином особам право вибору: використати існуючі норми законодавства для регулювання своїх стосунків або встановити для цих стосунків власні правила поведінки [6].

Отже, принцип свободи договору відповідно до ст.ст. 6, 627 ЦК України є визначальним і полягає в наданні особі права на власний розсуд реалізувати, по-перше, можливість укласти договір (або утриматися від укладення договору); по-друге, можливість визначити зміст договору на власний розсуд, ураховуючи при цьому зустрічну волю іншого учасника договору та обмеження щодо окремих положень договору, встановлені законом [6].

Таким чином, сторони не можуть на власний розсуд врегулювати в договорі свої відносини лише у випадках, якщо: існує пряма заборона, встановлена актом цивільного законодавства; заборона випливає зі змісту акта законодавства; така домовленість суперечить суті відносин між сторонами [6].

Про необхідність застосування норм ЦК України при визнанні шлюбного договору недійсним міститься вказівка і в ст.103 СК України.

Виходячи зі змісту ст.ст. 9, 103 СК України, ст.ст. 203, 215 ЦК України, підставою недійсності шлюбного договору є недодержання в момент вчинення стороною (сторонами) таких вимог: зміст шлюбного договору не може суперечити законодавству, а також моральним засадам суспільства; волевиявлення кожного з подружжя при укладенні шлюбного договору має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; шлюбний договір має бути

спрямований на реальне настання правових наслідків, що зумовлені ним [6].

З іншого боку, фактично, «невигідним матеріальним становищем» можна вважати будь-яке відступлення від рівного поділу прав на майно, що є порушенням принципу свободи договору. Відповідно до ч. 3 ст.10, ч. 1 ст. 60 ЦПК України, кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Крім того, у ч. 4 ст. 60 ЦПК України визначено, що доказування (отже, і рішення суду) не може ґрунтуватися на припущеннях» [6]. У зв'язку з тим, що позивачка не довела в чому саме полягає її невигідне матеріальне становище, котре виникло після укладення шлюбного договору, суд відмовив їй у задоволенні позовних вимог.

Аналогічна правова позиція викладена у рішенні Києво-Святошинського районного суду Київської області у справі № 369/2909/15-ц від 04 листопада 2015 року [7].

Така ж позиція викладена у постанові Верховного суду України від 28 січня 2015 року за № 6-230цс14 [8]. У вказаній постанові суд звернув увагу на наступне: «Норма статті 97 СК України надає подружжю право визначати у шлюбному договорі правовий режим майна, набутого до чи під час шлюбу, та не містить заборон або будь-яких обмежень цього права. Норми сімейного і цивільного законодавства не містять заборони чи обмеження права сторін шлюбного договору у визначені цими сторонами правового режиму майна, набутого ними до шлюбу. Встановивши, що правовідносини сторін та правовий режим спірного майна урегульовано шлюбним договором, суд обґрунтовано застосував до цих правовідносин норми шлюбного договору, а не загальні норми СК України» [8].

Також Верховний Суд України у постанові від 28 січня 2015 року за № 6-230цс14 зазначив, що категорія «надзвичайно невигідне матеріальне становище», вжита у ч. 4 ст. 93 СК України, має оціночний характер і підлягає доведенню стороною відповідно до ч. 3 ст. 10 ЦПК України [8]. Тим самим Верховний суд України підтвердив факт нормативної невизначеності цього поняття та встановив, що суд за власним переконанням в змозі надавати правову оцінку доводам зацікавленої сторони, яка посилається на умову шлюбного договору, що ставить її у надзвичайно невигідне матеріальне становище.

Варто особливу увагу звернути на пункт 26 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» за № 9 від 06 листопада 2009 року, де зазначається, що особами, які беруть участь у справі про визнання правочину недійсним, є насамперед сторони правочину. А нотаріуси, що посвідчували правочини, залучаються до участі у справі як треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, якщо позивач обґрунтовує недійсність правочину посиланням на неправомірні дії нотаріуса [9]. Такі випадки досить часто трапляються у судовій практиці, тому варто пам'ятати, що нотаріус при посвідченні шлюбного договору повинен повністю дотримуватися норм законодавства, щоб його дії в майбутньому не спричинили негативних наслідків.

Потрібно зазначити, що визнання шлюбного договору недійсним не впливає на долю шлюбу: він продовжує своє існування незалежно від цього.

На думку професора Ромовської З.В. шлюбний договір стає недійсним у разі недійсності шлюбу без спеціального рішення суду про це, тобто автоматично [10, с. 159]. Вважаю, що з даною думкою погодитися не можливо, оскільки СК України передбачає недійсність шлюбу в силу закону (ст.ст. 38-39) та за рішенням суду (ст.ст. 40-41), а нотаріальне посвідчення шлюбного договору робить його чинним і для третіх осіб, а тому його недійсність має бути обов'язково підтверджена судовим рішенням.

Визнання договорів недійсними та застосування правових наслідків їх недійсності – є одним із засобів захисту багатьох суб'єктивних цивільних прав. Вдало відреагував на наявність проблем в цьому питанні Пленум Верховного Суду України, прийнявши Постанову «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06 листопада 2009 року за № 9 [9], де у п. 5 суд надав чіткі критерії розмежування нікчемних та оспорюваних правочинів, вказав на можливість встановлення в судовому порядку факту нікчемності правочину [9].

Отже, дослідивши питання щодо визнання недійсності шлюбного договору з підстав невигідного матеріального становища одного з подружжя, можна дійти до наступних висновків:

1. Стаття 103 СК України не є досконалою через те, що у вказаному положенні закону міститься пряма вказівка, що шлюбний договір може бути визнаний недійсним за рішенням суду з підстав, встановлених ЦК України. Вважаю, що у вказаній статті має бути застереження про те, що шлюбний договір може бути визнаний недійсним з підстав, встановлених як ЦК України, так і СК України, оскільки СК України містить цілу низку власних умов, порушення яких, без сумніву, слугуватимуть підставою для визнання шлюбного договору недійсним, а ЦК України містить відсильну норму (ч. 1 ст. 203), яка спрямовує нас до СК України.

2. Вважаю за необхідне доповнити ч. 4 ст. 93 СК України тлумаченням змісту поняття «Надзвичайно невигідне матеріальне становище одного з подружжя», відповідно до визначення, запропонованого в законопроекті № 10668 від 25 червня 2012 року, оскільки через відсутність нормативного визначення вказаної категорії – суди, посилаючись на те, що це оціночне поняття, приймають рішення за власним внутрішнім переконанням, виходячи з обґрунтувань та доводів, наданих учасниками судового провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цивільний кодекс України від 16 липня 2003 р. [станом на 02.11.2016 р.] // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – ч.ч. 1-3, 5, 6 ст. 203; ч. 1 ст. 215.
2. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. [станом на 10.11.2016 р.] // Офіційний вісник України. – 2002. – № 7. – ч. 2 ст. 7; ст.ст. 38-39; ст.ст. 40-41; ч. 4 ст.93; ст. 102; ст. 103.
3. Левцун В.І. Про внесення змін до сімейного кодексу України (щодо шлюбних договорів): Проект закону. – 25.06.2012 р. – № 10668 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/lin k1/JF88C00A.html.
4. Горбаль Н. Must have сезона, или Новый взгляд на брачный договор / Н. Горбаль. – К.: Самміт-Книга, 2016. – 280 с. – с. 224.
5. Рішення Бабушкінського районного суду міста Дніпропетровська від 22 вересня 2016 року у справі № 201/6357/14-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62324309.
6. Рішення Приморського районного суду міста Одеси від 03 листопада 2016 року у справі № 522/17811/16 // Єдиний державний реєстр судових рішень. Електронний ресурс: режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62584870.
7. Рішення Києво-Святошинського районного суду Київської області від 04 листопада 2015 року у справі № 369/2909/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53297645.
8. Постанова Верховного суду України від 28 січня 2015 року за № 6-230цс14 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: ЗМІСТ_Вип № 4.doc.
9. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06 листопада 2009 року за № 9 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09 – п. 5; п. 26.
10. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 532 с. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://ualibrarium.narod.ru/pravo/simejne/simpr komentar.html – с. 159.

Грицик Анна Сергеевна

АНАЛИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПО ПРИЗНАНИЮ БРАЧНЫХ ДОГОВОРОВ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМИ

В статье освещается проблема нормативной неопределенности понятия «чрезвычайно невыгодное материальное положение» одного из супругов. Автор рассматривает эту категорию как одну из оснований признания брачного договора недействительным, анализирует судебную практику, которая возникает на основании нарушения ч. 4 ст. 93 СК Украины, указывает на необходимость установления в судебном порядке недействительности брачного договора в целом или отдельных его частей, предлагает пути для устранения имеющихся пробелов в законодательстве.

Ключевые слова: *брачный договор, супруги, чрезвычайно невыгодное материальное положение, недействительность, судебная практика.*

Grytsyk Anna

ANALYSIS OF JURISPRUDENCE ON RECOGNITION OF MARRIAGE CONTRACTS INVALID

This article highlights the problem of the normative definition of the concept «extremely unfavorable financial situation» of a spouse. The author examines this category as one of the grounds for recognition of a marriage contract invalid, analyzes judicial practice, which occurs due to the breach of the p. 4 Art. 93 of the Family Code of Ukraine, points to the need to establish a judicial nullity of the marriage contract as a whole or parts of it, suggests ways to address the existing gaps in the legislation.

Keywords: *marriage contract is extremely disadvantageous financial situation, invalidity, litigation, married couple*

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

УДК 347.919.7

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИРІШЕННЯ ПИТАННЯ ПРО ТИМЧАСОВЕ ОБМЕЖЕННЯ У ПРАВІ ВИЇЗДУ БОРЖНИКА ЗА МЕЖІ УКРАЇНИ

У статті на прикладах із судової практики проаналізовані підстави та наслідки неправильного визначення юрисдикції справ про тимчасове обмеження у праві виїзду боржника за межі України. Акцентовано увагу на недосконалості законодавчої регламентації строків розгляду

подань виконавців із цього приводу, набрання законної сили ухвалами про вирішення таких питань, їх оскарження, та внесені пропозиції по врегулюванню означених проблем. Наведені міркування щодо застосування даних заходів у якості способу забезпечення позову.

Ключові слова: *боржник, виконавець, суд, виконавчий документ, виконання, ухилення, обмеження, право на виїзд за кордон.*

У разі свідомого ухилення боржника від виконання рішення під час виконавчого провадження виконавець згідно з п. 19 ч. 2 ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження» (далі – Закон) [1] може поставити перед судом питання щодо тимчасового обмеження його у праві виїзду з України. Такий захід є ефективним та дієвим способом стимулювати боржника – фізичну особу чи керівника боржника – юридичної особи до виконання визначених виконавчим документом зобов'язань.

На науковому рівні деякі нюанси застосування тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України боржника досліджували Фурса С.Я., Білоусов Ю.В., Угриновська О.І., Мазіна (Вінцславська) М.В., Сергієнко Н.А. та ін. Наявні і роз'яснення та узагальнення судової практики щодо вирішення даного питання. Проте неточність законодавства, неоднакове його застосування судами при розгляді справ цієї категорії та вагомість обраної тематики спонукають приділити їй більше уваги з метою висловлення власного бачення пов'язаних з цим проблем та шляхів їх подолання.

У ст. 33 Конституції України [2] задекларовано, що кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишити територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Зокрема, підставою для тимчасової відмови громадянину у виїзді з держави згідно ст. 6 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» [3] є ухилення громадянина від виконання зобов'язань, покладених на нього судовим рішенням.

Хоча Законом застосування такого роду заходів передбачається у разі ухилення боржника від виконання не тільки судового рішення, а взагалі будь-якого виконавчого документа із наведеного у ст. 3 Закону переліку. Установлення ж тимчасового обмеження у праві виїзду боржника Законом віднесено до компетенції суду, однак не конкретизовано до якого саме. Із усіх актів процесуального законодавства порядок обмеження права на свободу пересування регламентується лише ст. 377-1 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [4], за змістом якої при виконанні судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб) це питання вирішується судом за місцезнаходженням органу державної виконавчої служби за поданням державного виконавця або за місцезнаходженням виконавчого округу за поданням приватного виконавця. Дублюється це положення і у п. 1 Розділу XIII Інструкції з організації примусового виконання рішень (далі – Інструкція) [5].

Варто згадати, що у першій редакції нового Закону п. 19 ч. 2 ст. 18 було передбачено, що виконавець мав звертатися з поданням про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України до суду, який видав виконавчий документ. Попри те, що за наведеною Верховним Судом України (далі – ВСУ) статистикою у переважній більшості справ, які надходили для аналізу судової практики, подання державних виконавців у порядку ст. 377-1 ЦПК України вносились у зв'язку з невиконанням зобов'язань, покладених на боржника судовим рішенням, потрібно було згадати і про рішення інших органів (посадових осіб). Адже хоча рідше, але державні виконавці зверталися і при виконанні постанов органів Державної автомобільної інспекції про стягнення штрафів з водіїв, притягнутих за відповідною постановою до адміністративної відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення, а також виконавчих написів нотаріусів. Справи про застосування заходів тимчасового обмеження щодо виконання рішень інших органів, а також судових рішень про виконання зобов'язань немайнового характеру для аналізу судової практики не надходили [6], та все ж не можна виключати можливість заохочувати боржника до виконання цих рішень саме таким шляхом.

Згодом замість узгодження п. 19 ч. 2 ст. 18 Закону з процесуальним законодавством, вона була викладена аналогічно до змісту п. 18 ч. 3 ст. 11 попереднього Закону України «Про виконавче провадження» [7].

Сумніви щодо можливості розгляду таких справ виключно в порядку цивільного судочинства виникають і на практиці. Так, Ухвалою Нетішинського міського суду від 8 лютого 2013 р. на підставі п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК України відмовлено у відкритті провадження за поданням державного виконавця ВДВС Нетішинського МУЮ Хмельницької області про встановлення тимчасового обмеження в праві виїзду за межі України боржника К. до виконання зобов'язань, покладених на нього постановою Хмельницького окружного адміністративного суду від 19 жовтня 2010 р. Суд вважав, що оскільки ст. 377-1 ЦПК України знаходиться в розділі VI «Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб)», який регламентує вирішення судами в порядку цивільної юрисдикції процесуальних питань, пов'язаних із виконанням судових рішень виключно у цивільних справах, то вирішення процесуальних питань, у тому числі обмеження права боржника на виїзд за кордон, що виникли при виконанні ухвал та постанов в адміністративних справах, у порядку цивільного судочинства не допускається [6].

Таке розуміння законодавства прослідковується з позиції Вищого спеціалізованого

суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який із тих же міркувань зробив висновок про неприйнятність розгляду у порядку цивільного судочинства подання державного виконавця щодо тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України боржника у виконавчому провадженні за рішенням господарського суду, скасувавши ухвали судів нижчестоящих інстанцій, та відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України закрив провадження у справі. Рішення мотивується тим, що процесуальний порядок обмеження права боржника на виїзд за кордон прямо встановлений виключно нормами ЦПК України, тому, якщо здійснюється виконання судових рішень у цивільних справах, то обмеження боржника у праві виїзду за межі України можливе лише в порядку цивільної юрисдикції. Коли ж виконавче провадження було відкрито на виконання судових рішень судів загальної юрисдикції при розгляді кримінальних, господарських, адміністративних справ чи рішень інших органів (посадових осіб) суду необхідно вирішити питання щодо можливості розмежування цивільної, кримінальної, господарської чи адміністративної юрисдикції при розгляді справ про обмеження права боржника на виїзд за межі України, оскільки застосування процесуальних норм по аналогії при здійсненні судочинства не допускається [8].

Однак Верховний Суд України в узагальненнях судової практики визначає такі процесуальні дії суперечливими, оскільки ст. 377-1 ЦПК України є спеціальною нормою, яка застосовується на стадії виконання судових рішень, ухвалених незалежно від виду судочинства, та рішень інших органів (посадових осіб) [6], що прямо зазначено у даній нормі.

Відсутність єдності судової практики щодо визначення органу, до компетенції якого належить вирішення таких питань, свідчить про доцільність вдосконалення законодавства. Адже необґрунтована відмова у відкритті провадження з наведених вище підстав дає можливість зловживати боржнику своїми обов'язками та затягує, ускладнює або взагалі унеможливлює примусове виконання рішення. Так само як і при зверненні виконавця до некомпетентних органів для запровадження тимчасової заборони перетину кордону втрачається час, який боржник може використати на свою користь, щоб уникнути відповідальності саме у такий спосіб.

Питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України пов'язане з виконанням судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб) і для його вирішення немає сенсу робити виключень, які лише заплутують учасників виконавчого процесу. Вбачається логіка у застосуванні загального правила, відповідно до якого, процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень, виносяться на розгляд суду, що видав виконавчий документ. Якщо ж потреба в обмеженні конституційного права виникла при примусовому виконанні рішень інших органів (посадових осіб), то для цього варто було б звертатися до суду адміністративної юрисдикції. Зокрема, аналогічно наразі врегульовано порядок оскарження рішень, дій та бездіяльності виконавця при виконанні цих виконавчих документів, що усунуло багато проблем з розмежуванням компетенції судів різних юрисдикцій, які виникали через ускладнену законодавчу регламентацію та суперечливу практику. На наш погляд, здійснення цих заходів примусового виконання рішення у такому порядку буде економити час виконавця, який він зможе раціональніше використати для вчинення інших виконавчих дій, щоб забезпечити виконання рішення у повному обсязі.

Хоча досить часто розгляд подання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України відтягується саме судом внаслідок того, що провадження відкривається через місяці, коли за ч. 2 ст. 377-1 ЦПК України це має відбуватися негайно. Ситуація неприпустима, адже як раз від оперативності вжиття запобіжних заходів залежить їх дієвість. Такі випадки трапляються через відсутність легального визначення поняття «негайного розгляду справи». Враховуючи серйозність даного питання, Верховний Суд України справедливо наголошує на необхідності його вирішення в день надходження (за наявності потрібних документів), але не пізніше наступного дня з моменту звернення [6], що безумовно треба прописати на законодавчому рівні.

Крім того, неоднакове застосування судом правових приписів має місце і при вирішенні справ цієї категорії щодо іноземців та осіб без громадянства. Деколи суди відмовляють у задоволенні подання державного виконавця про обмеження у праві виїзду за межі України боржників – громадян інших країн, виходячи з того, що вимоги Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» поширюються тільки на громадян України. У той час як у ч. 3 ст. 22 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» [9] передбачено, що виїзд з України цих осіб може бути тимчасово відкладено до виконання ними майнових зобов'язань перед фізичними та юридичними особами в Україні за рішенням суду, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України. Тому ВСУ констатує, що правильно, коли суди все-таки обмежують право виїзду за межі України боржника – фізичної особи або керівника боржника – юридичної особи, які не є громадянами України, за поданням державного виконавця у разі наявності та доведеності фактів їх ухилення від виконання виконавчих документів. В узагальненнях судової практики Верховний Суд України роз'яснив, що із зазначених мотивів суди не вправі відмовляти в задоволенні подань державних виконавців чи закривати провадження у цих справах, оскільки таке вирішення питання не узгоджується з нормами того ж Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», суперечить ЦПК України та Закону, які передбачають вирішення в судовому порядку питань про тимчасове обмеження

у праві виїзду боржників без урахування їх громадянства» [6].

Згадане рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ свідчить про неоднозначність судової практики і не тільки з проаналізованих вище причин. Верховний Суд України звертає увагу, що розгляд справ про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України боржника завершується на стадії апеляційного провадження, у зв'язку з тим, що ст. 324 ЦПК України є спеціальною нормою процесуального права, яка регламентує право касаційного оскарження судових рішень у касаційному порядку, і п. 2 ч. 1 ст. 324 ЦПК України не містить вказівки про можливість касаційного оскарження даних судових актів. Такий підхід пояснюється ще й тим, що відповідно до зазначеної статті, сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право оскаржити у касаційному порядку ухвали апеляційного суду, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі. Єдиного розуміння цього поняття немає, і як ми вже зауважували в інших дослідженнях, вказаний критерій визначення ухвал є дещо умовним та оціночним, тому тлумачиться по-різному, що є значним недоліком. У зв'язку з цим у доктрині вже висловлювалися пропозиції стосовно необхідності формулювання точного переліку ухвал, які перешкоджають подальшому провадженню у справі [10, с. 104-105].

Виходячи із чинних положень процесуального законодавства та конкретно п. 24-1 ч. 1 ст. 293 ЦПК України, оскарження як ухвал про задоволення подання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України, так і про відмову в його задоволенні можливе виключно в апеляційному порядку протягом п'яти днів з дня проголошення, а якщо ухвалу було постановлено без участі особи, яка її оскаржує, апеляційна скарга подається протягом п'яти днів з дня отримання копії такої ухвали (ч. 2 ст. 294 ЦПК України). Вбачається необхідність і у касаційному оскарженні цих ухвал, адже право на свободу пересування задекларованe міжнародними документами, Конституцією України та іншими актами національного законодавства. Зокрема, у гл. 21 кн. II Цивільного кодексу України [11] це право віднесено до особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її природне існування, тому є основоположним. Підкріплюються наші міркування ст. 55 Конституції України, відповідно до якої, кожному ґарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, у тому числі суду.

Проте, незважаючи на наведені законодавчі положення, мали місце і випадки, коли районні суди в резолютивній частині ухвали про обмеження у праві виїзду за межі України боржника вказували, що вона є остаточною і оскарженню не підлягає, а це безсумнівно є порушенням права громадянина на справедливе судочинство та можливість апеляційного оскарження рішення суду [6].

З іншого боку доречно відмічають, що на практиці непоодинокими є випадки, коли боржник, отримавши поштою таку ухвалу суду першої інстанції, оскаржує її в апеляційному порядку, а за час розгляду його скарги в суді перевірочної інстанції безперешкодно перетинає кордон. Тому навіть у разі залишення апеляційним судом без змін ухвали суду першої інстанції, встановлена судом заборона вільно залишати територію України втрачає будь-який сенс [12, с. 85]. З огляду на що виправданою видається пропозиція стосовно внесення змін у ст. 377-1 ЦПК України шляхом доповнення її положенням про негайне набрання ухвалою суду законної сили, як це передбачено, наприклад, для ухвал суду про забезпечення позову [13]. До того ж, оскарження такого роду процесуального документа не повинно зупиняти його виконання.

До речі, раніше у п. 8 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» була прописана можливість обмеження виїзду з України громадян, щодо яких подано цивільний позов у суд до закінчення провадження у справі. Але застосування таких заходів у якості способу забезпечення позову є спірним питанням. Наприклад ВСУ наголошує, що перелік видів забезпечення позову визначено ст. 152 ЦПК України, і оскільки тимчасове обмеження особи у праві виїзду за межі України до нього не належить, вживати його як забезпечення позову суди не можуть. Хоча деякі представники виконавчої влади притримуються протилежної думки [14]. На практиці траплялися клопотання про заборону перетину кордону України, що подавалися під виглядом заборони вчиняти певні дії, або мали місце спроби віднесення обмеження у праві виїзду з країни до інших видів забезпечення позову за ч. 2 ст. 152 ЦПК України. ВСУ категорично заперечує подібні обґрунтування можливості застосування такого виду забезпечення позову на стадії розгляду цивільної справи, так як це порушує норми ЦПК України, свідчить про вихід суду за межі своїх процесуальних повноважень, порушення принципу верховенства права, проголошеного Конституцією.

Зустрічаються такі подання і в господарському процесі, однак суди їх не задовольняють, посилаючись на те, що в ст. 67 «Заходи до забезпечення позову» Господарського процесуального кодексу України не встановлено такого способу забезпечення.

Проте варто взяти до уваги, що тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України – це юридична санкція, що запроваджується у разі умисного ухилення боржника від виконання покладених на нього виконавчим документом зобов'язань у першу чергу для того, щоб збільшити вірогідність відновлення порушеного права чи захисту охоронюваного законом інтересу стягувача, таке ж призначення має і інститут забезпечення позову. Якщо у відповідача є побоювання стосовно ухвалення

рішення не на його користь, то у нього ще під час здійснення правосуддя може з'явитися намір уникнути відповідальності, наприклад, саме шляхом виїзду за кордон. Для запобігання вчинення особою, на яку може бути покладений обов'язок щодо виконання виконавчого документа, таких дій, варто передбачити у процесуальному законодавстві можливість тимчасово обмежувати її право у виїзді за межі України до закінчення розгляду справи у суді. Обрання даного запобіжного заходу на цій стадії виправдано з метою гарантування виконання судового акта у разі задоволення вимог ініціатора процесу, що безперечно сприятиме реалізації основних завдань правосуддя.

У цілому всі запропоновані у статті зміни правових положень покликані мінімізувати випадки ухилення боржників від виконання визначених виконавчими документами зобов'язань, а також спрямовані на підсилення ефективності виконавчих дій для забезпечення своєчасності виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) без порушень прав учасників виконавчого провадження та засад законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Закон України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2016, № 30. – ст. 542. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19.
2. Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – ст. 141. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.
3. Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21.01.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994, № 18. – ст. 101. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3857-12.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-42. – ст. 492. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.
5. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень» від 02.04.2012 р. № 512/5 // [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12.
6. Узагальнення судової практики Верховного Суду України від від 01.02.2013 р. «Судова практика щодо вирішення питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України» [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0003700-13.
7. Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. (із змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1999, № 24. – ст. 207. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=606-14.
8. Цивільна справа № 6-7462св12 // [Електронний ресурс] / режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24550598.
9. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 р. (із змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 2012, № 19-20. – ст. 179. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3773-17/page.
10. Лисенко Л. С. Ухвали в цивільному процесі України: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.03 / Лисенко Любов Сергіївна. – К., 2012. – 218 с.
11. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – ст. 356. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
12. Гресь Н. М. Проблемні питання відповідальності за несплату та прострочення сплати батьками аліментів на утримання неповнолітніх дітей Н. М. Гресь // Порівняльно-аналітичне право. – 2016. – №6. – С. 83-86. [Електронний ресурс] / режим доступу: http://pap.in.ua/6_2015/26.pdf.
13. Спірні питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України, розглянуті Київським районним судом м. Одеси 10 березня 2015 р. [Електронний ресурс] / https://kievskiysud.od.ua.
14. Якимів Л.І. Обмеження у праві виїзду боржника за межі України [Електронний ресурс] / режим доступу: http://obljustif.gov.ua/rogatun/26721-2/.

Малярчук Любовь Сергеевна

ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ РЕШЕНИЕ ВОПРОСА О ВРЕМЕННОМ ОГРАНИЧЕНИИ В ПРАВЕ ВЫЕЗДА ДОЛЖНИКА ЗА ПРЕДЕЛЫ УКРАИНЫ

В статье на примерах из судебной практики проанализированы основания и последствия неправильного установления юрисдикции дел о временном ограничении в праве выезда должника за пределы Украины. Акцентировано внимание на несовершенстве законодательной регламентации сроков рассмотрения представлений исполнителей по этому поводу, вступление в законную силу определений о решении данных вопросов, их обжалования, и внесены предложения по урегулированию указанных проблем. Приведены соображения по применению таких мер в качестве способа обеспечения иска.

Ключевые слова: *должник, исполнитель, суд, исполнительный документ, исполнение, уклонение, ограничение, право на выезд за границу.*

Malyarchuk Lyubov

THE PROBLEMATIC ASPECTS OF SOLUTION THE MATTER OF TEMPORARY RESTRICTION THE DEBTOR OF THE RIGHT TO DEPARTURE FROM UKRAINE

In the article on the examples of jurisprudence the reasons and the consequences of improper establishing of the jurisdiction of the cases of temporary restriction the debtor of the right to departure from Ukraine are analyzed. The attention is paid to the imperfection of legal regulation of the terms of consideration of the applications from the executer about it, the entry into force the orders about such issues, their appeal and were made the proposals to resolve the aforementioned problems. Presents the considerations for using such measure as a way of securing the claim.

Keywords: *a debtor, an executor, a court, a writ of execution, execution, avoidance, restriction, the right to travel abroad.*

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

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

УДК 347.9

ЗНОВУ ПРО ВИЗНАНЯ СПАДЩИНИ ВІДУМЕРЛОЮ: МАТЕРІАЛЬНИЙ І ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ АСПЕКТ

Запропонована у цій статті дискусія орієнтована на уточнення матеріальних і процесуальних аспектів визнання спадщини відумерлою, розгляду нових випадків, коли частина спадщини може бути визнана відумерлою, а також дотримання останньої волі спадкодавця, процедури перегляду рішення суду про визнання спадщини відумерлою.

Ключові слова: *відумерла спадщина; спадкові відносини; нотаріус; суд; спадкоємці; територіальна громада.*

Прекрасна стаття О.Є. Кухарєва «Поцесуальні аспекти визнання спадщини відумерлою» [1] підштовхує до дискусії та обговорення концептуальних проблемних питань, які мають місце в цій статті. В чому позитивність аналізованої статті – це глибина поставленої проблеми, спроба узагальнити судову практику та виробити оптимальні варіанти вирішення неврегульованих законодавством питань на межі цивільного права та процесу.

Тому дану статтю не можна розцінювати як спробу штучно нав'язати дискусію, оскільки розглядувані питання, дійсно, цікавлять авторів [2; 3], в яких є, а точніше з'явилася власна відмінна позиція на висвітлені проблеми, яку пропонується так само критично сприйняти і публічно обговорити.

В той же час, позиція О.Є. Кухарєва висвітлюється і в інших джерелах [4], а тому може стати загальноприйнятою для теорії спадкових правовідносин та цивільного процесу, а в наступному й для судової практики. Слід визнати, що аналізована гіпотеза є обґрунтованою і доволі часто спирається на судову практику, враховує позиції інших науковців, але, на наш погляд, має неузгодженості та прогалини.

Розпочнемо аналіз з самого, на думку авторів, найважливішого дискусійного поняття «відумерле майно», яке, як не важко здогадатися, О.Є. Кухарєв отримав з трансформації поняття «відумерла спадщина» і застосовує в своїй роботі без обґрунтування. Але така гіпотеза вченого не може бути однозначно прийнятною і не тільки за формалізованим у ЦК понятійним апаратом щодо майна та речей, а виходячи зі змісту первісного поняття. Так, поняття «відумерла спадщина» є штучним і, підкреслює юридичний зміст словосполучення, не властивого українській мові, яке з'явилося, скоріш за все, шляхом перекладу російського поняття «вымороченное наследство».

Сутність же цього поняття в сучасному спадковому праві можна звести до відмежування отримання майна в спадкових правовідносинах від набуття територіальною громадою прав на таке майно як безхазяйне (ст. 335 ЦК). Дане положення може бути підтверджене такими рисами поняття «безхазяйна річ»:

– після спливу одного року з дня взяття на облік безхазяйної нерухомої речі;

– передана у комунальну власність, тобто, фактично, у власність територіальної громади;

– судом.

Отже, подібність передумов визнання спадщини відумерлою і майна безхазяйним очевидна.

Однак, на стадії визнання судом спадщини відумерлою мають виявлятися ті спадкові права, які не дозволяють визначити майно як безхазяйне, а також ті майнові права, які входитимуть до складу відумерлої спадщини. Що тут принципово важливо і мається на увазі важко сприйняти без наочних прикладів, які не укладаються в сучасну модель спадкових відносин.

По-перше, якщо регламентація спадкових відносин об'єднується в книзі 6 ЦК і стосується спадкування та спадщини, то визнання спадщини відумерлою має лише позначатися в цій книзі як передбачений законодавством наслідок відсутності спадкування, а розкриватися в інших главах ЦК, оскільки територіальна громада не спадкує майно, а отримує його після визнання спадщини відумерлою як безхазяйне і цей процес не має прямого відношення до спадкування, оскільки його не відбулося.

По-друге, виділення лише двох видів спадкування: за законом та заповітом значно спрощує реальні спадкові відносини, оскільки реально існує і третій вид спадкування – змішане спадкування, коли частина спадщини визначається заповітом, а інша ні. Припустимо, що одинокий заповідач заповів лише частину належного йому майна, а інша частина залишилася незаповіданою і в нього не має спадкоємців за законом, в цьому випадку виникне колізія з формальним змістом ч. 1 ст. 1277 ЦК, оскільки визнання спадщини відумерлою допускається у разі відсутності спадкоємців за заповітом, отже тут не повинна застосовуватися процедура визнання спадщини відумерлою. Однак, в цій ситуації потрібно застосовувати ст. 1245 ЦК, якою визначається перехід незаповіданої частини спадщини до спадкування за законом і, відповідно, у разі відсутності спадкоємців за законом до визнання такої частини спадщини відумерлою. Отже, не вся спадщина може визнаватися відумерлою, а можливий варіант визнання частини спадщини відумерлою.

Таким чином, чому некоректно застосовувати зовні логічне трансформоване поняття «відумерле майно», а тому, що не майно відмирає, а права на нього припиняються внаслідок відсутності правонаступництва.

При цьому, в процесі спадкування ми мусимо брати за основу право власності на річ і максимально враховувати волю власника майна – заповідача тощо. Тому можуть виникати парадоксальні ситуації, коли заповідач залишить право власності на нерухому річ одному спадкоємцю, але обтяжить право власності сервітутом на право довічного безоплатного проживання за іншою «сторонньою» особою, тоді у разі смерті спадкоємця за заповітом, якому заповідане право власності, при вирішенні питання про визнання «спадщини відумерлою» виникне питання про відмирання (фактично, припинення) права власності на об'єкт нерухомості і необхідність передачі такого права територіальній громаді. Але в такому випадку залишиться дискусійним питання про дотримання волевиявлення заповідача або і його відмирання внаслідок припинення дії заповіту, який повною мірою виконати неможливо тощо. Дійсно, тут можна виходити з традицій українського народу щодо непорушності останньої волі заповідача тощо, але однозначної відповіді на ці дискусійні питання в законодавстві не існує як і щодо можливості дотримання останньої волі заповідача, викладеної в заповіті із заповідальним відказом. Відверто, автори є прихильниками безумовного дотримання останньої волі власника майна, тому в подібних відносинах готові відстоювати волю заповідача, яка не переходить межі суспільної моралі і не обмежує правоздатність спадкоємців та інших заінтересованих осіб.

Якщо ж вважати доведеною гіпотезу, що визнання судом спадщини відумерлою – це той Рубікон, перехід якого означатиме припинення певних спадкових правовідносин і, зокрема, права власності на всю спадщину або щодо окремих речей, що входили до складу спадщини, то саме в такому контексті слід сприймати і наступний матеріал. Зокрема, положення про заміну держави в спадкових правовідносинах за ЦК 1963 року на територіальну громаду за ЦК 2003 року і визнання спадщини відумерлою, що не завжди може вважатися виправданим.

Так, при розташуванні нерухомих об'єктів спадщини в декількох регіонах України та рухомого майна спадкодавця за кордоном у територіальної громади за місцем відкриття спадщини виникне право на отримання спадкового майна у власність (ч. 3 ст. 1277 ЦК), але таке право є неадекватним по відношенню до прав інших територіальних громад, де розташоване інше нерухоме майно спадкодавця і де спадкодавець, можливо, перебував так само доволі часто. Отже, визнання спадщини відумрелою відрізнятиметься від визнання майна безхазяйним тим, що останній варіант передбачає вирішення питання про належність конкретного майна, розташованого в одній місцевості, але майно спадщини потенційно може знаходитися по всій території України і за кордоном, тому за логікою і принципами розумності та справедливості майно має передаватися тій територіальній громаді, де воно розташоване. Цілком зрозуміло, що в такому випадку спадкове майно буде «розпорошуватися» і спадкоємцям, які пропустили строк з поважних причин, буде ще складніше його отримати в натурі. В той же час, сучасна судова практика підтверджує необхідність збереження спадкового майна в натурі до можливої появи спадкоємців і тому пропонується встановити строк, як мінімум, в три роки щодо заборони його відчуження при можливості його передачі тільки у володіння і користування.

Дякуючи О.Є. Кухарєву, що його статті спровокували інший погляд на нові і загальновідомі положення, які стосуються матеріальних положень визнання спадщини відумерлою, потребують докладного аналізу й процесуальні гіпотези цього вченого.

Дійсно, сьогодні питання визнання спадщини відумерлою стає актуальним, оскільки

трансформація приватної власності у власність територіальної громади має не тільки правовий, а й навіть політичний контекст. Так, сьогодні взятий курс на децентралізацію, тому можна вважати виправданими норми чинного ЦК, які передбачають замість спадкування державою, що було властиво для ЦК від 1963 року, набуття права власності на відумерлу (фактично, неприйняту) спадщину територіальною громадою. Таке положення є більш виваженим і по відношенню до більш простої схеми реалізації прав територіальною громадою, ніж державою.

Отже, зовні таке положення є виправданим, але не завжди справедливим і адекватним реальним правовідносинам між спадкоємцями та спадкодавцем при житті останнього тощо. Тобто автори вважають, що в основі процесуальних правовідносин слід виділяти матеріальні передумови. Тут мається на увазі реальне визначення і фіксування кола осіб, які заінтересовані в результатах спадкування. Так, О.Є. Кухарєв справедливо вважає, що певні інтереси в питаннях спадкування матимуть наступні особи: «співвласники спадкового майна, відказоодержувачі, сервітуарії, кредитори та боржники спадкодавця, особи, які претендують на речі, що знаходилися у спадкодавця на праві користування, володіння тощо»[5]. При цьому, логічно виключаються спадкоємці, оскільки їх участь в справі неможлива в силу того, що тоді спадщина не може визнаватися відумерлою. Але це лише видима частина «айсбергу». Останнє положення є важливим, оскільки при визнанні спадщини відумерлою лише припускається, що спадкоємців не існує і ні хто на спадщину не претендує.

На жаль, в юриспруденції іноді вважаються допустимими взаємовиключаючі положення, зокрема, коли при визнанні і оголошенні фізичної особи померлою на підставі відсутності в місці постійного проживання протягом встановленого у законодавстві терміну (ст.. 46 ЦК), фактично, робиться правове припущення, що такої особи не має в живих, але залишається вірогідність її появи (ст. 48 ЦК) і, в той же час, заперечується можливість обґрунтовувати доказування (доведення) на припущеннях (ч. 4 ст. 60 ЦПК). Дійсно, в такій ситуації робиться припущення щодо юридичного факту – оголошення фізичної особи померлою, а доказування зводитиметься до іншого предмету – відсутність відомостей в місці її постійного проживання про місце її перебування протягом встановленого в ЦК строку. Тобто в цій нормі деякою мірою не зовсім коректним є термін «відомості в місці її постійного проживання». Тобто «місце постійного проживання» має акумулювати відомості і потім суд в «нього» має з'ясовувати відсутність відомостей. Отже, даний термін мав би узгоджуватися із суб'єктним складом осіб, які здатні повідомити відомості про таку особу, і перелік таких осіб можна знайти в ч. 1 ст. 248 ЦПК. При цьому, отримання відомостей про таких осіб покладається на суд, який має з'ясовувати у заявника родичів, співробітників тощо, які можуть дати свідчення про фізичну особу, місцеперебування якої невідоме, а також запитує відповідні організації за останнім місцем проживання відсутнього (житлово-експлуатаційні організації, органи внутрішніх справ або органи місцевого самоврядування) і за останнім місцем роботи про наявність відомостей щодо фізичної особи, місцеперебування якої невідоме.

Такий великий фрагмент, на перший погляд, напряму не пов'язаний зі встановленням факту відумерлості спадщини можна пояснити тим, що такі справи в порядку окремого провадження розглядаються з відходом від принципу змагальності і на суд покладаються надії, що він вживатиме всіх необхідних заходів для того, щоб з'ясувати дійсні юридичні обставини, а не формально покладатиметься на достовірність поданої заяви. Тобто в цій ситуації робиться припущення, що людина діятиме як всі нормальні люди і не буде розривати зв'язків із сім'єю, родичами, не буде втрачати роботу тощо. Але існують і не стереотипні варіанти поведінки людей, які при розгляді справи слід передбачати, які встановити складно або навіть неможливо в силу різних характерів людей тощо. Отже, подібну поведінку можна передбачати й в спадкоємців, які за законом або заповітом мають право на спадкування, але в силу їх характеру і на підставі ч. 3 та 4 ст. 1268 ЦК вважатимуться такими, що прийняли спадщину і не поспішатимуть її оформляти на своє ім'я, але така поведінка ускладнюватиме застосування правила про спадкування до шостого ступеня споріднення, коли наступна черга спадкуватиме при відсутності спадкоємців попередньої черги і це заважатиме потенційній можливості відшукати родичів спадкодавця наступних черг і дозволить лише робити припущення, що в спадкодавця не має спадкоємців. Ще складніше буде встановити факт відсутності спадкоємців або неприйняття ними спадщини, щоб розпочати процес визнання спадщини відумерлою, оскільки не існує особи, яка є зобов'язаною з'ясовувати факт неприйняття спадщини спадкоємцями у відповідності до ч. 3 та 4 ст. 1268 ЦК, отже потенційно можливим є випадок, коли суд розпочне розгляд справи про визнання спадщини відумерлою, а, фактично, є спадкоємці, які вважаються такими, що прийняли спадщину.

Коли ж мова йтиме про конкретні правила розгляду справи про визнання спадщини відумерлою в порядку окремого провадження, то діяльність суду взагалі не акцентується на встановленні певних фактів, а лише передбачається, що справа розглядається судом з обов'язковою участю заявника та з обов'язковим повідомленням усіх заінтересованих осіб (ст. 277 ЦПК). Що ж має з'ясовувати суд, якщо в заяві повинно бути наведено відомості про час і місце відкриття спадщини, про майно, що становить спадщину, а також докази, які свідчать про належність цього майна спадкодавцю, про відсутність

спадкоємців за заповітом і за законом, або про усунення їх від права на спадкування, або про неприйняття ними спадщини, або про відмову від її прийняття (ст.. 275 ЦПК). Звідки ці відомості візьме заявник – орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини? Очевидно, що такі відомості будуть взяті зі спадкової справи, де нотаріус формально констатуватиме, що протягом встановленого для подання заяви про прийняття спадщини шестимісячного строку спадкоємці до нього не звернулися, отже пропустили строк для прийняття спадщини як за законом, так і за заповітом. Формально він буде правий, але реально такий стан діяльності нотаріусів не відповідає потребам суспільства в правовій допомозі, для чого й існує нотаріат. Зокрема, на нотаріусів формально покладається обов'язок повідомлення спадкоємців про відкриття спадщини (ст.. 63 Закону України «Про нотаріат»), тому суди мають з'ясовувати у нотаріуса, а чи були вжиті заходи з приводу повідомлення спадкоємців.

Крім того, коли мова йде про вжиття заходів до охорони спадкового майна, то при відсутності спадкоємців, які можуть прийняти спадкове майно на зберігання, і виконавця заповіту, який так само може вживати заходів до охорони спадкового майна, на нотаріуса покладатиметься обов'язок забезпечити зберігання майна, а це диктує необхідність сприйняти нотаріуса як заінтересовану особу у визнанні спадщини відумерлою, коли спадкоємці не з'являться за отриманням спадкового майна. Зокрема, він має бути заінтересований у знятті із себе відповідальності за збереження спадкового майна.

Отже, в такій ситуації важко однозначно погодитися з позицією Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ, який зробив зауваження судам, які не залучили до участі в справі про визнання спадщини відумерлою сина спадкодавця, на користь якого було складено заповіт. В такій ситуації О.Є. Кухарєв вважає таку позицію правильною, хоча тут є привід для дискусії. Формально, через рік після відкриття спадщини спадкоємець вважається таким, що втратив право на спадщину, отже вже не є спадкоємцем і, відповідно, заінтересованою особою. Яким чином він втратив право на спадщину: формально не подавши заяву або шляхом письмової заяви про відмову від спадкування? Але ж питання про право спадкоємця на спадкування мав з'ясовувати нотаріус, який відкрив спадкову справу, мав вживати заходів до охорони спадкового майна, зокрема, й мав роз'яснити спадкоємцю його права (ст. 5 Закону України «Про нотаріат») тощо.

Крім того, Верховний суд України у п. 18 Постанови «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. №7 започаткував практику невизнання нотаріусів заінтересованими особами в контексті ст. 277 ЦПК, однозначно, встановивши, що нотаріуси «не повинні залучатися до участі в справі». Тим самим Верховний суд України позбавив можливості суди з'ясовувати важливі юридичні обставини безпосередньо в осіб, які вчиняли або мусили вчинити нотаріальні провадження і володіють відповідною інформацією. Більше того, така позиція не відповідає принципам змагальності і диспозитивності. Слід враховувати, що правові позиції ВСУ є обов'язковими для судів, але таке узагальнення судової практики призводитиме до втрати об'єктивності при ухваленні рішення, тому не можна таку позицію сприймати як аксіому.

Автори вважають, що в сучасних умовах на нотаріусів має покладатися обов'язок з'ясовувати відомості про спадкоємців всіма можливими способами, зокрема, коли вживаються заходи до охорони спадкового майна, то нотаріус або інша уповноважена особа має виїжджати на місце проживання спадкодавця і ні що не заважає такій особі поспілкуватися із сусідами спадкодавця, які можуть бути залучені й як свідки при проведенні опису спадкового майна. Від свідків можна отримати й іншу цікаву інформацію щодо можливого розташування іншого майна спадкодавця тощо. Таких осіб в наступному може визнати доцільним допитати й суд, але, на відміну від нотаріуса, попередивши про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань тощо.

Згідно ст.. 64 Закону України «Про нотаріат» нотаріус або інша посадова особа, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, могли до визнання спадщини відумерлою дати розпорядження про видачу із спадкового майна грошових сум тощо, отже може виникати й питання про достовірність звіту щодо здійснених розпоряджень тощо. Отже, перед судом має постати питання про те, що ж конкретно отримує територіальна громада в порядку спадкування і перелік спадкового майна має надавати нотаріус згідно проведеного ним опису.

Тобто при визнанні спадщини відумерлою на суд має покладатися обов'язок з'ясовувати достовірність відомостей, які надаватимуться нотаріусом, а оформлюватимуться в заяві про визнання спадщини відумерлою органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини.

Тепер щодо можливих варіантів повернення майна спадкоємцям, які заявлять свої права на спадщину після визнання її відумерлою. Це питання дійсно складне, оскільки воно не чітко регламентоване у ч. 2 ст. 1280 ЦК. Тут слід брати за основу такі варіанти розвитку відносин між уповноваженими органами територіальної громади і спадкоємцем. Перший варіант -територіальна громада в такій ситуації набула право власності на майно і її повноважні органи не можуть визнавати пропущений спадкоємцем строк для прийняття спадщини пропущеним з поважних причин хоча б тому, що в ч. 2 ст. 1272 ЦК мова йде лише про відповідні права спадкоємців.

Варіант другий – якщо в діях нотаріуса будуть виявлені ознаки правопорушення – відсутність повідомлення спадкоємців про

відкриття спадщини, то можна піти шляхом оскарження його бездіяльності і визнання пропуску строку для прийняття спадщини з поважних причин.

Варіант третій більш загальний – спадкоємець має звернутися до суду з позовом про визнання пропуску строку для прийняття спадщини таким, що був пропущений з інших поважних причин (ч. 3 ст. 1272 ЦК).

На цьому етапі так само необхідно розглядати декілька потенційно можливих варіантів правового становища майна, яке входило до складу спадщини. Так, у разі перебування майна у власності територіальної громади можна просити суд переглянути рішення про визнання спадщини відумерлою за нововиявленими обставинами, оскільки за ч. 2 ст. 361 ЦПК на час розгляду справи не була відома істотна обставина про існування спадкоємця. В такому разі можна просити суд й про надання додаткового строку для прийняття спадщини, оскільки після скасування рішення суду про визнання спадщини відумерлою вирішення питання про спадкування має повернутися до повноважень нотаріуса, який відкрив спадкову справу.

Але недоцільно просити суд надавати додатковий строк, достатній для подання спадкоємцем заяви про прийняття спадщини, відповідно до ст.. 1269 ЦК, нотаріусу, оскільки така спадкова справа має бути вже закритою і нотаріус не здатен вчиняти будь-яких дій по відновленню прав спадкоємця, коли речі з визнаної відумерлою спадщини вже були передані іншим особам. Тому прохання про надання додаткового строку для прийняття спадщини буде зайвим, оскільки майно не перебуває на той момент у власності територіальної громади. В такій ситуації спадкоємець має право вимагати відповідної грошової компенсації спадкового майна від територіальної громади.

Але останній випадок разом із розглянутим О.Є. Кухарєвим варіантом безоплатного передання майна територіальною громадою іншим особам мають бути застережені внесенням доповнення до ст. 1277 ЦК щодо обмеження права територіальної громади на відчуження речей з визнаної відумерлою спадщини протягом трьох років. Такий строк обумовлений як строком позовної давності, так і передбаченим в абз. 2 ч. 1 ст. 362 ЦПК максимальним строком перегляду судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами.

При впровадженні останнього положення в законодавство будуть оптимізовані спадкові правовідносини, судова і нотаріальна практика набудуть однозначності і логічної узгодженості. Зокрема, після визнання спадщини відумерлою не можна окремо і відірвано від інших положень розглядати питання про поважність причин пропуску строку для прийняття спадщини, оскільки встановлення такого факту не породжуватиме правових наслідків, коли спадщина є відумерлою, майно перестало бути спадковим і набуло нового власника. Тому позов про витребування майна в територіальної громади або компенсації його вартості має одночасно вміщувати вимоги про визнання поважними причин пропуску строку для прийняття спадщини, скасування рішення суду про визнання спадщини відумерлою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кухарєв О.Є. Поцесуальні аспекти визнання спадщини відумерлою// Цивілістична процесуальна думка. – №3/2016. – С. 33–36.
2. Фурса Є. І. Процедура визнання спадщини відумерлою // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – №3. – С.66–67.
3. Спадкове право / За заг. ред. С.Я. Фурси. // С.Фурса, Є.Фурса, Клименко О.М. та ін. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007.
4. Кухарєв О.Є. Правові підстави повернення спадкоємцю відумерлого майна // Часопис Київського університету права. – №3/2016. – С. 203-207.
5. Там само. – С. 34.

Фурса Евгений Иванович, Фурса Евгений Евгеньевич

СНОВА О ПРИЗНАННЫХ НАСЛЕДСТВА ВЫМОРОЧНЫМ: МАТЕРИАЛЬНЫЙ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТ

Предложенная в данной статье дискуссия ориентирована на уточнение материальных и процессуальных аспектов признании наследства выморочным, рассмотрения новых случаев, когда часть наследства может быть признана выморочным, а также соблюдения последней воли наследодателя, процедуры пересмотра решения суда о признании наследства выморочным.

Ключевые слова: *выморочное наследство; наследственные отношения; нотариус; суд; наследники; территориальная община.*

Fursa Yevgen, Fursa Yevgen

AGAIN ABOUT RECOGNITION OF THE ESTATE AS ESCHEATED: MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECT

Proposed in this article, the discussion focused on the clarification of substantive and procedural aspects of recognition of the inheritance escheat, the consideration of new cases, when a part of the inheritance may be deemed unclaimed, and the observance of the last will of the testator, the review court decision on the recognition of the inheritance escheated.

Keywords: *unclaimed inheritance; inheritance relations; notary public; court; heirs; local community.*

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Болюх Володимир Володимирович,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Стаття присвячена аналізу принципу законності у виконавчому провадженні, що закріплений Законами України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 № 1404-VIII та «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 02.06.2016 № 1403-VIII. Зокрема автором були проаналізовані статті вищезазначених законів із яких випливає принцип законності. Звернута увага на механізми у законодавстві, які зможуть забезпечити законність у виконавчому провадженні. Також було обґрунтовано те, що дотримання принципу законності має реалізуватися всіма суб'єктами виконавчого провадження. Запропоновано закріпити в Законі України «Про виконавче провадження» норми, які б розкривали суть кожного принципу, зокрема законності виконавчого провадження.

Ключові слова: *виконавче провадження, принцип законності, державні виконавці, приватні виконавці, органи державної виконавчої служби.*

Актуальність теми. Виконавче провадження сьогодні перебуває в стадії реформування. Законами України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 № 1404-VIII [1] та «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 02.06.2016 № 1403-VIII [2] передбачено чимало новел механізму примусового виконання рішень судів та інших органів. Одним із найбільш вагомих нововведень є закріплення законодавцем засад виконавчого провадження та принципів діяльності державної виконавчої служби та приватних виконавців, оскільки реалізація виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) відбувається за допомогою закріплених принципів в нових законах.

Стан дослідження. Дослідженню принципів виконавчого провадження та діяльності Державної виконавчої служби України було приділено багато уваги видатними вченими теоретиками та практиками: В.А. Бабичем, Д.М. Сібільовим, С.М. Шандруком, Ю.П. Ільїною, Л.Г. Крупновою, В.А. Кройтором, М.М. Фроловим, П.В. Макушевим, О.В. Лясковцем, С.Я. Фурсою, С.В. Щербак, М.М. Мальським та багатьма іншими.

Виклад основного матеріалу. Принципи права — це керівні ідеї, які характеризують зміст права, його сутність і призначення в суспільстві [3, с. 222].

Принципи права як основоположні ідеї завжди знаходять своє конкретне вираження в нормі чи нормах права. Норми права мають створюватися на основі принципів права.

Найчастіше принципи права слугують відправними ідеями, орієнтиром для правотворчої і правозастосовної діяльності органів державної влади, проте у низці випадків вони здатні безпосередньо регулювати суспільні відносини. Чітке додержання принципів права має забезпечити нормальний розвиток і функціонування правової системи.

Принципи права не завжди визначені і чітко сформульовані у правових нормах, але вони властиві будь-якій правовій системі держав. Наприклад, якщо раніше в Законі України «Про виконавче провадження» не було конкретного переліку принципів, то це не означає, що вони не діяли чи їх не мали дотримуватися Державна виконавча служба та її працівники, навпаки всі принципи, які перелічені в новому законі випливають з норм закону і знаходять там своє відображення.

Загалом під принципами (засадами) виконавчого провадження необхідно розуміти теоретично визначені та нормативно закріплені у Законі «Про виконавче провадження» істотні риси правового регулювання виконавчо-процесуальних відносин та процедури (загальні правила) вчинення виконавчих проваджень.

Відповідно до ст. 2, яка має назву «Засади виконавчого провадження» Закону України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016, виконавче провадження здійснюється з дотриманням, як загально-правових (законності, верховенства права та ін.) так і спеціально-правових принципів (співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями та ін.). Також майже ідентичний перелік принципів містить стаття 4, яка має назву «Принципи діяльності органів державної виконавчої служби та приватних виконавців» Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 02.06.2016. Назви даних статей свідчать про те, що законодавчі акти є непослідовними, оскільки фактично в одному законі використовується термін «засади», а в іншому принципи. Також наявність майже ідентичного переліку принципів

в законах свідчить про недосконалість законодавства, оскільки в Законі України «Про виконавче провадження» доцільно було б передбачити більше принципів процесуального характеру на кшталт «мова виконавчого провадження», а Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» доповнити організаційними принципами, наприклад «субординації», «реординації» тощо.

Одним з перших серед принципів у двох законах зазначено принцип законності. Цей принцип відноситься до загально-правових (конституційних) принципів. Хоча й принцип законності міститься в переліку, проте відсутні окремі норми, які б розкривали суть даного принципу чи будь-якого іншого принципу передбаченого переліком, що є значним недоліком розглядуваних законів.

Поняття законності в сучасній правовій науці є багатоаспектним явищем, оскільки розглядається у декількох значеннях і може виступати як принцип, метод і режим. Загальнотеоретичному вивченню цього терміну присвячено багато праць у вітчизняній правовій науці.

Ю.С. Шемшученко зазначає, що законність — це фундаментальна юридична категорія й одночасно комплексне юридично-правове явище, що відображає правовий характер організації суспільного життя, органічний зв'язок права і влади, права і держави [4, с. 498]

Також на загальнотеоретичному рівні М. С. Кельман та О. Г. Мурашин визначили, що законність — це суспільно-політичний режим точного і неухильного здійснення законів та інших нормативних актів всіма суб'єктами суспільних відносин як у сфері правотворчості, так і в сфері реалізації правових норм; режим, яким забезпечується послідовна боротьба з правопорушеннями і свавіллям, всебічна охорона прав та інтересів особи, суспільства і держави [3, с. 370].

Принцип законності закріплений у ст. 19 Конституції України, згідно з якою органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачених Конституцією і законами України. Це положення звичайно стосується і працівників органів державної виконавчої служби. Зокрема, в ч. 2 ст. 7 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» прямо вказано, що державний виконавець є представником влади, діє від імені держави і перебуває під її захистом та уповноважений державою здійснювати діяльність з примусового виконання рішень у порядку, передбаченому законом.

У ст. 2 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» міститься положення про те, що правову основу діяльності органів державної виконавчої служби та приватних виконавців становлять Конституція України, цей Закон, міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інші закони, нормативно-правові акти, прийняті на їх виконання. В цій нормі в контексті принципу законності, насамперед йдеться про те, що державні, приватні виконавці та інші посадові особи органів державної виконавчої служби у своїй діяльності повинні керуватися конституційними положеннями як нормами прямої дії, іншими законами, які так чи інакше пов'язані з діяльністю таких органів, дотримуватися міжнародних стандартів прав і основоположних свобод людини (напр. Загальну декларацію прав людини 1948 р.) та звичайно керуватися Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», який є статусним та Законом України «Про виконавче провадження», який регламентує всі особливості такого провадження.

Значимість принципу законності також розкриває ч. 1 ст. 5 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», де зазначено, що державний виконавець, приватний виконавець під час здійснення професійної діяльності є незалежними, керуються принципом верховенства права та діють виключно відповідно до закону. Тут є можливість підкреслити загальнообов'язковість як для державних так і приватних виконавців суворо дотримуватися принципу законності у своїй діяльності, оскільки навряд чи можна уявити, що виконавець буде діяти всупереч приписам закону, керуючись виключно принципом верховенства. Проте застосування тільки принципу законності не враховуючи принцип верховенства права може призвести до прийняття несправедливих, невірних та негуманних рішень, тому ці принципи є основоположними і мають суворо дотримуватися виконавцями.

За допомогою принципу законності здійснюється забезпечення неухильного дотримання прав та свобод стягувача, боржника та інших учасників виконавчого провадження (ст. 19 Закону України «Про виконавче провадження»), судового оскарження суб'єктами виконавчого провадження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців, інших посадових осіб органів державної виконавчої служби та приватних виконавців (ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження») [5, с. 117].

Окрім цього, з метою забезпечення неухильного дотримання прав та свобод стягувача, боржника та інших учасників виконавчого провадження, здійснюється контроль з боку державних органів за законністю у виконавчому провадженні. В ст. 12 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» передбачено, що контроль за діяльністю державних виконавців та інших працівників органів державної виконавчої служби здійснюють органи примусового виконання рішень,

а саме Міністерство юстиції України та органи державної виконавчої служби в установленому законодавством порядку. Контроль за діяльністю приватних виконавців здійснюється Міністерством Юстиції в порядку передбаченому ст. 34 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів».

Один із механізмів контролю органами державної виконавчої служби за законністю у виконавчому провадженні безпосередньо передбачений статтею 74 Закону України «Про виконавче провадження». Йдеться про те, що начальник відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, при здійсненні контролю за рішеннями, діями державного виконавця під час виконання рішень має право у разі, якщо вони суперечать вимогам закону, своєю постановою скасувати постанову або інший процесуальний документ (або їх частину), винесені у виконавчому провадженні державним виконавцем, зобов'язати державного виконавця провести виконавчі дії в порядку, встановленому цим Законом. Тобто, якщо державний виконавець не буде неухильно дотримуватися приписів законодавства є важелі впливу (судове оскарження суб'єктами виконавчого провадження та контроль з боку уповноважених органів та осіб), які зможуть забезпечити законність у виконавчому провадженні.

Окрім державних виконавців, інших посадових осіб органів державної виконавчої служби та приватних виконавців дотримуватися принципу законності мають сторони виконавчого провадження, а саме стягувач і боржник. Дотримання принципу законності полягає у тому щоб стягувач і боржник не зловживали своїми правами (ч. 6 ст. 19 Закону) і виконували обов'язки, які покладені на них ст. 19 Закону України «Про виконавче провадження». Варто зауважити, що стаття 19 має назву «Права і обов'язки сторін та інших учасників виконавчого провадження», хоча норми про обов'язки інших учасників виконавчого провадження вона і не містить. Проте це не означає, що такі особи не мають обов'язків у виконавчому провадженні. Наприклад, ч. 4 ст. 23 Закону України «Про виконавче провадження» за наявності підстав для відводу передбачає обов'язок експерта, спеціаліста, суб'єкта оціночної діяльності та перекладача заявити самовідвід. Відповідальність за порушення такими особами цієї норми на жаль Законом не встановлена і це стає запорукою дієвості принципу законності в даному випадку. Однак є положення передбачене ч. 5 ст. 20 Закону України «Про виконавче провадження», яке встановлює кримінальну відповідальність осіб, які сприяють у вчиненні виконавчого провадження, зокрема експерта та оцінювача.

Отже, у виконавчому провадженні принцип законності необхідно розглядати у двох аспектах. По-перше, всі дії державного виконавця повинні відповідати нормативно-правовим актам, і, по-друге, закону повинні дотримуватися й інші суб'єкти виконавчого провадження. Крім того, принцип законності виражається ще й у встановленні відповідальності (адміністративної, кримінальної), що застосовується у виконавчому провадженні як до сторін, так і до інших осіб. [6, с. 37]

В контексті принципу законності дуже важливим є питання пов'язане з тим чи має право державний та приватний виконавець застосовувати у своїй діяльності аналогію закону. У Законі України «Про виконавче провадження» в ст. 31 йдеться про роз'яснення рішень, виконавчих документів, що підлягають примусовому виконанню, а саме виконавець має право звернутися із заявою до суду чи органу, який видав виконавчий документ у випадку, якщо рішення суду або зміст виконавчого документа є незрозумілим. Також положення щодо роз'яснення рішення суду, зокрема за заявою державного виконавця містять ст. 221 ЦПК, ст. 89 ГПК та ст. 170 КАСУ. Зазначені кодифіковані акти містять також і норму, яка дозволяє судовому органу ухвалити додаткове рішення, наприклад у разі якщо суд в рішенні не зазначив точної суми грошових коштів, які підлягають стягненню тощо. Це означає, що виконавець не може застосовувати аналогію закону в разі, якщо правова норма не чітко врегульовує певні питання або взагалі відсутня. В такому випадку саме і передбачена процедура звернення виконавця до суду чи органу, який видав виконавчий документ за роз'ясненням, проте ухвала, в якій роз'яснюється рішення суду не має змінювати зміст самого рішення. Судові органи на відміну від виконавців, зокрема за ч. 8 ст. 8 ЦПК можуть застосовувати аналогію закону, якщо спірні відносини не врегульовані законом [7].

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що, принцип законності пронизує всі стадії примусового виконання рішень судів, він втілюється і конкретизується у всіх інших принципах, а також виступає відправною точкою для всієї процедури виконання рішень судових та інших органів.

Дотримання принципу законності має реалізуватися всіма учасниками правовідносин, як фізичними та юридичними особами, так і державою в особі уповноважених органів і посадових осіб. Зазначене має відбиватися і в організації діяльності органів державної виконавчої служби України та державних виконавців безпосередньо — як щодо обов'язковості виконання їхніх законних вимог, так і щодо дотримання ними гарантованих прав і законних інтересів юридичних та фізичних осіб [8, с. 73].

Звісно на сьогоднішній день ще немає практики, щоб цілком оцінити результати нових законів. Водночас їх запровадження має багато позитивних моментів, зокрема і те що в них конкретно перелічені головні засади виконавчого провадження та принципи діяльності органів державної виконавчої служби та приватних виконавців. Проте, недоліком є те, що в нових законах немає окремих статей, які б розкривали значення даних принципів, у тому

числі принципу законності. В такому разі є необхідність звертатися до окремих статей законів в яких знаходять своє відображення такі засади. Виходячи з цього автор пропонує передбачити в Законі України «Про виконавче провадження» норму з назвою «Законність», яку викласти у такій редакції:

1. Під час виконавчого провадження його учасники та особи, які залучаються до проведення виконавчих дій зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, цього Закону, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства.

2. Органи державної виконавчої служби та приватні виконавці зобов'язані своєчасно, повно і неупереджено виконувати рішення, примусове виконання яких передбачено законом.

3. Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж ті, що встановлені законом, то застосовуються правила міжнародного договору.

4. У разі відсутності норми, що регулює відповідні правовідносини, працівник органу державної виконавчої служби чи приватний виконавець звертається до суду чи органу, який видав виконавчий документ за роз'ясненням в порядку передбаченому законодавством.

Автор вважає, що нормативне закріплення принципу законності стане рушійним засобом, який дозволить відмежовувати законні дії виконавців та осіб, які беруть участь і сприяють вчиненню виконавчих проваджень від незаконних. Хоча не варто забувати, що легальне закріплення вихідних засад не завжди гарантує їх дотримання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Закон України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 № 1404-VIII
2. Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 02.06.2016 № 1403-VIII
3. М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. — 477 с.
4. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 2 / голова редкол. Ю. С. Шемшученко. — К.: Укр. енцикл., 1999. — 768 с.
5. Доцільність законодавчого закріплення принципів у виконавчому провадженні / Ільїна Ю.П. // Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – № 5. – С. 116-119. – Режим доступу: http://www.pap.in.ua/5_2015/34.pdf.
6. Фурса С. Я., Щербак С. В. Виконавче провадження в Україні. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2002. – 480 с.
7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV.
8. Значення принципу законності в діяльності державної виконавчої служби України / Л. Крупнова // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2013. – № 1. – С. 69–74. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/**Tpiv**_2013_1_11

Болюх Владимир Владимирович

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ В ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Статья посвящена анализу принципа законности в исполнительном производстве, который закреплен Законом Украины «Об исполнительном производстве» от 02.06.2016 № 1404-VIII и «Об органах и лицах, осуществляющих принудительное исполнение судебных решений и решений других органов» от 02.06.2016 № 1403 -VIII. В частности автором были проанализированы статьи вышеупомянутых законов из которых следует принцип законности. Обращено внимание на механизмы в законодательстве, которые смогут обеспечить законность в исполнительном производстве. Также было обосновано то, что соблюдение принципа законности должно реализовываться всеми субъектами исполнительного производства. Предложено закрепить в Законе Украины «Об исполнительном производстве» нормы, которые бы раскрывали суть каждого принципа, в частности законности исполнительного производства.

Ключевые слова: *исполнительное производство, прицнип законности, государственные исполнители, частные исполнители, органы государственной исполнительной службы.*

Boliukh Volodymyr

THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE EXECUTIVE PRODUCTION

The article is divoted analyzes the principle of legality in the executive production, which is fixed by the Law of Ukraine «About executive production» from 02.06.2016 number 1404-VIII and «About organs and persons carrying out a force execution of court decisions and decisions of other organs» from 02.06.2016 number 1403 – VIII. In particular, by the author were analyzed articles of the above laws of which follow the principle of legality. Attention is paid to the mechanisms in the legislation that will ensure the legality of the executive production. It was also justified by the fact that the principle of the legality should be implemented by all persons of the executive production. Proposed a provide articles in the law of Ukraine «About executive production» that would disclose the essence of every principle including legality of executive production.

Keywords: *executive production, principle of legality, state performers, private performers, bodies of government executive service.*

Золотаренко Вадим Володимирович,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ДИСПОЗИТИВНОСТІ У ДІЯХ СУБ'ЄКТІВ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У статті розкрито зміст реалізації принципу диспозитивності у діях суб'єктів виконавчого провадження на різних стадіях виконавчого провадження з урахуванням останніх законодавчих змін. На основі аналізу теоретичних підходів, втілення цього принципу в Цивільному процесуальному кодексі України і практики іноземних країн зроблений висновок про необхідність закріплення змісту принципу диспозитивності в окремій статті Закону України «Про виконавче провадження».

***Ключові слова**: виконавче провадження, принцип диспозитивності, процесуальні права, матеріальні права, учасники виконавчого провадження.*

Постановка проблеми. Принципи права є загальними, керівними положеннями, що відображають закономірності правового регулювання суспільних відносин. Вони виконують координаційну функцію у механізмі правового регулювання певної галузі права, інформаційну і ціннісно-орієнтаційну у формуванні правової культури, а також визначають правотворчу і правозастосовчу діяльність [1, с. 134]. Кожній галузі права притаманний особливий набір принципів, існування якого в науці відносять до одного із критеріїв сформованості галузі у національній системі права. У зв'язку із дискусійністю місця виконавчого провадження у правовій системі України, а також значенням принципів для здійснення ефективного правового регулювання набуває актуальності дослідження принципів виконавчого провадження.

Стан дослідження. На сьогодні у теорії виконавчого провадження одним із найменш досліджених залишається принцип диспозитивності, хоч він і виокремлюється більшістю вчених. Принципи виконавчого провадження розглядалися у працях таких вчених, як В.А. Бабич, Ю.В. Білоусов, В.А. Кройтор, М.М. Мальський, С.Я. Фурса, С.В. Щербак та ін. Проте часто реалізацію принципу диспозитивності у виконавчому провадженні ототожнюють із його реалізацією у межах цивільного процесу, що на наш погляд, є некоректним. Крім того, прийняття нового спеціального закону породжує нові завдання перед наукою.

Метою статті є виявлення змісту реалізації принципу диспозитивності у діях суб'єктів виконавчого провадження з урахуванням нового Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 року [2], а також виявлення недоліків його нормативного втілення.

Виклад основного матеріалу. Система виконавчого провадження в Україні на сьогодні перебуває на стадії реформування. Ключовим моментом останнього стало прийняття Закону України «Про виконавче провадження» (далі – Закон) від 2 червня 2016 року, в якому вперше принципи виконавчого провадження набули формального закріплення в окремій статті нормативного акту. Втім, твердження про те, що попередній спеціальний закон у сфері виконання рішень (Закон України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 року [3], не містив принципів виконавчого провадження, є помилковим. Такий висновок пов'язаний із сутністю принципів як основоположних і керівних засад, що об'єктивно існують у межах будь-якої галузі права, хоч способи їх формального закріплення різняться. Так, у літературі виділяють два основних види закріплення принципів права: текстуальне (безпосередньо закріплюються в окремих положеннях нормативних актів) і змістовне (непрямо втілюються у змісті всього тексту нормативного акту) [4, с. 34]. Крім того, принципи можуть бути сформовані юридичною практикою. Тим не менш, в усіх зазначених випадках принципи здійснюють регулюючий вплив на поведінку суб'єктів права [1, с. 137].

Таким чином, законодавець у новому законі «Про виконавче провадження» пішов шляхом текстуального закріплення принципів виконавчого провадження, сформувавши у ст. 2 перелік засад виконавчого провадження, в якому серед інших названий принцип диспозитивності. Останній передбачає гарантовану законом можливість відповідного суб'єкта вільно та незалежно розпоряджатися своїми матеріальними та процесуальними правами, а також засобами захисту. Таке розуміння цього принципу є досить усталеним у теорії цивільного процесуального права [5, с. 51; 6, с. 23]. Зазначене визначення, будучи універсальним, є справедливим і для виконавчого провадження, адже принцип диспозитивності відноситься до міжгалузевих принципів права, що однак, не виключає наявність специфіки його прояву у межах окремих галузей права. Однак, спільність принципу диспозитивності є однією із підстав для віднесення деякими науковцями виконавчого провадження як окремої стадії до складу цивільного процесуального права. У зв'язку з цим, закріплення власних принципів, у тому числі принципу диспозитивності, у спеціальному законі стало ще одним аргументом у спорі щодо місця виконавчого провадження на користь його самостійності.

Стадія виконання рішення потребує активної діяльності насамперед сторін, а не виконавців. Принцип диспозитивності лежить в основі руху виконавчого провадження, передбачаючи необхідність прояву ініціативи сторін

у межах визначених законом. Така ініціатива суб'єктивно зацікавлених в результаті виконавчого провадження осіб підкріплюється ініціативою суду чи виконавця. Зокрема, право на укладення мирової угоди слід віднести до кола диспозитивних прав сторін, проте рішення про її укладення підлягає затвердженню (визнанню) судом, який видав виконавчий документ (ч. 2 ст. 19 Закону, ч. 1 ст. 372 ЦПК України). Крім того, така ініціатива реалізується виключно у межах і процесуальній формі, які передбачені законом.

Для виявлення сутності принципу диспозитивності у виконавчому провадженні необхідно встановити коло суб'єктів, в діях яких він реалізується. Коло учасників виконавчого провадження є досить широким. Так, відповідно до ч. 1 ст. 14 Закону учасниками виконавчого провадження є виконавець, сторони, представники сторін, прокурор, експерт, спеціаліст, перекладач, суб'єкт оціночної діяльності – суб'єкт господарювання, особи, права інтелектуальної власності яких порушені. Відзначимо, що принцип диспозитивності не слід зводити до простого володіння процесуальними правами, якими наділені всі учасники виконавчого провадження. Слід погодитися із думкою Р.Е. Гукасяна, який до суб'єктів, на яких поширюється дія принципу диспозитивності відносив тих осіб, які висловлюють волю на отримання конкретного правового результату, а не лише правосудного рішення [7]. Так, стягувач звертається із заявою про відкриття виконавчого провадження, висловлюючи волю на конкретний результат – повне і своєчасне виконання рішення, що відповідає його юридичному інтересу. У разі самостійного виконання рішення боржником воля сторін виконавчого провадження спрямована на отримання однакового правового результату. Натомість у випадку примусового виконання рішення бажані правові результати боржника і стягувача відрізняються.

Таким чином, принцип диспозитивності реалізується у діях сторін виконавчого провадження, якими є стягувач і боржник. При чому сторони можуть реалізувати свої права і обов'язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників (ст. 16 Закону). У свою чергу, виконавець повинен діяти неупереджено (ч. 1 ст. 18 Закону), а заінтересованість в результаті виконання рішення є підставою для відводу виконавця, експерта, спеціаліста, суб'єкта оціночної діяльності – суб'єкта господарювання, перекладача (ч. 4 ст. 5, ст. 23 Закону). Вихідним принципом діяльності виконавця є принцип законності – обов'язок діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. У випадку наділення державного органу дискреційними повноваженнями межі їх реалізації повинні бути чітко визначені у законодавстві.

Диспозитивність притаманна всім стадіям виконавчого провадження. Так, відкриття виконавчого провадження відбувається за заявою стягувача про примусове виконання рішення. Винятком є звернення із заявою прокурора у разі представництва інтересів громадянина або держави в суді; надходження виконавчого документу із суду у випадках, передбачених законом, або від Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів (ч. 1 ст. 26 Закону). Таким чином, стягувач наділений правом процесуальної ініціативи щодо відкриття виконавчого провадження, самостійно визначаючи час і загалом доцільність звернення до процедури примусового стягнення. Однак, законом визначені строки подання заяви (ст. 12 Закону); документи, які стягувачу необхідно подати разом із заявою тощо. Відповідно до нового Закону стягувач на цій стадії наділений також правом вибору пред'явлення виконавчого документа для примусового виконання до органу державної виконавчої служби або до приватного виконавця, якщо виконання рішення відповідно до ст. 5 Закону віднесено до компетенції і органів державної виконавчої служби, і приватних виконавців (ч. 1 ст. 19 Закону). Крім того, згідно ст. 7 Закону виконавчий документ про стягнення періодичних платежів може бути самостійно надісланий стягувачем безпосередньо підприємству, установі, організації, фізичній особі – підприємцю, фізичній особі, які виплачують боржнику відповідно заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи. Слід зазначити, що на думку деяких науковців звернення стягувача до відкриття виконавчого провадження не характеризується диспозитивністю як такою, оскільки передумовами такого вибору є порушене право і поведінка боржника, який відмовляється виконувати рішення добровільно [8, с. 29-30].

На кожній із стадій виконавчого провадження сторони можуть вільно розпоряджатися своїми процесуальними правами – знайомитися із матеріалами справи, оскаржувати дії виконавця тощо. Втім, реалізація цих прав здійснюється виключно у процесуальній формі, передбаченій законом. Розширення ж сфери дії принципу диспозитивності у виконавчому провадженні, створення належних умов для вибору найбільш ефективних методів реалізації дозволених законом процесуальних прав, заохочування ініціативи зацікавлених суб'єктів справедливо називають передумовами для посилення гарантій прав осіб при примусовому виконанні рішень [9, с. 109].

На стадії арешту і вилучення майна сторони також наділені правами відповідно до принципу диспозитивності. Зокрема, боржник може самостійно виконати рішення, про що сторони зобов'язані невідкладно письмово повідомити виконавцю (ч. 4 ст. 19 Закону). Сторони також наділені низкою прав, що стосуються об'єкта примусового стягнення. Так, боржник має право запропонувати види майна чи предмети, які необхідно реалізувати в першу чергу (ч. 5 ст. 48 Закону). Хоча черговість стягнення на кошти та інше майно боржника остаточно визначається виконавцем.

Перелік підстав для закриття виконавчого провадження вміщений у ст. 39 Закону, деякі з яких засновані на принципі диспозитивності. Так, визнання судом відмови стягувача від примусового виконання судового рішення (п. 1 ч. 1 ст. 39 Закону) ґрунтується на ініціативі стягувача, адже саме його права та інтереси захищаються у виконавчому провадженні; затвердження (визнання) судом мирової угоди, укладеної сторонами у процесі виконання рішення (п. 2 ч. 1 ст. 39 Закону) ґрунтується на волі обох сторін; письмова відмова стягувача від одержання предметів, вилучених у боржника під час виконання рішення про передачу їх стягувачу (п. 6 ч. 1 ст. 39 Закону) залежить від волі стягувача.

Отже, порушення, розвиток і закінчення виконавчого провадження відбувається насамперед з ініціативи сторін, а доля об'єкту стягнення багато в чому залежить від розсуду сторін виконавчого провадження, який реалізується у межах, встановлених законом. Принцип диспозитивності лежить в основі руху справи виконавчого провадження і стосується діяльності суб'єктивно зацікавлених у результаті виконання учасників виконавчого провадження. Тому від належної його реалізації залежить ефективність процесу виконання рішення – завершальної стадії захисту та відновлення прав і інтересів особи, чиї права були порушені. В.І. Балабін і Л.В. Левченко вказували, що виконавче провадження практично повністю підкорюється дії принципу диспозитивності, а малочисельні винятки завжди передбачені в законі [9, с. 108]. Таке значення обумовлює важливість нормативного втілення цього принципу. Однак, законодавець обмежується лише його декларативним закріпленням у переліку «засад виконавчого провадження», не розкриваючи його зміст у подальших нормах закону.

Відмітимо, що на відміну від Закону України «Про виконавче провадження» поняття диспозитивності цивільного судочинства розкривається у ст. 11 Цивільного процесуального кодексу України [10] і передбачає такі положення: 1) розгляд цивільних справ судом можливе не інакше як за зверненням фізичних чи юридичних осіб в межах заявлених ними вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі; 2) можливість осіб, які беруть участь у справі, а також осіб, в інтересах яких заявлено вимоги, розпоряджатися своїми правами щодо предмета спору на власний розсуд; 3) залучення відповідного органу чи особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, якщо дії законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє.

Звертаючись до іноземного досвіду, слід відмітити нормативне втілення принципу диспозитивності у багатьох державах. Так, принцип диспозитивності закріплений і розтлумачений у статті 4 Виконавчого кодексу Республіки Молдова [11], яка слідує за закріпленням принципів законності і рівності. Зміст цього принципу розкритий через основні повноваження стягувача щодо руху справи. Так, відповідно до ч. 1 стягувач має право вимагати примусового виконання виконавчих документів, а також відмовитися від розпочатого виконання або відстрочити початок примусового виконання в межах встановленого строку давності. У ч. 2 закріплене право сторін виконавчого провадження (стягувача і боржника) на укладення мирової угоди.

На наш погляд, Закон України «Про виконавче провадження» слід доповнити статтею, яка б визначала зміст принципу диспозитивності виконавчого провадження. Деталізація принципу диспозитивності має як теоретичне, так і практичне значення для виконавчого процесу України. Так, дослідження реалізації цього принципу у діях суб'єктів виконавчого провадження дасть змогу виявити місце і роль кожного з них у процесі завершальної стадії захисту та відновлення прав і інтересів особи. Такі висновки повинні бути орієнтиром у процесі законотворчої діяльності у сфері виконання рішень, що особливо актуально сьогодні, коли відбувається активне реформування всієї системи захисту прав і інтересів особи. Виокремлення засад виконавчого провадження, в тому числі принципу диспозитивності, у Законі України «Про виконавче провадження» є додатковим аргументом на користь самостійності виконавчого провадження у системі права України. Практична значимість полягає також у сприянні тлумаченню і застосуванню законодавства щодо розпорядження суб'єктами виконавчого провадження матеріальними і процесуальними правами і відповідно, усуненню колізій і неоднозначностей у змісті спеціального нормативного акту. На думку П.П. Заворотька принцип права існує лише за умови його нормативного закріплення [12, с. 416]. Погоджуючись з такою позицією, відмітимо, що таке закріплення повинно бути не декларативним. О.Ф. Воронов слушно зазначав, що без чіткого формулювання принцип – загальна норма галузі права, не може виконувати покладені на неї функції [13, с. 239].

Отже, визначальними аспектами реалізації принципу диспозитивності у діях суб'єктів виконавчого провадження є наступні:

– поширюється не на всіх суб'єктів виконавчого провадження, а тих, які юридично зацікавлені у конкретному результаті виконавчого провадження;

– полягає у можливості вільного розпорядження своїми матеріальними і процесуальними правами, необхідності виявлення ініціативи для досягнення бажаних цілей і пливу на рух виконавчого провадження;

– розсуд сторін виконавчого провадження реалізується виключно у межах та процесуальній формі, які встановлені законом;

– застосовується на всіх стадіях виконавчого провадження – від відкриття до закінчення;

– не виключає необхідності затвердження (визнання) ініціативи відповідних суб'єктів уповноваженим органом (судом, виконавцем).

Висновки. Виходячи із зазначеного, пропонуємо доповнити Закон України «Про виконавче провадження» наступною статтею: «Принцип диспозитивності. 1. Виконавець розпочинає примусове виконання рішення не інакше як за заявою стягувача, крім випадків, передбачених цим Законом. Стягувач може відмовитися від розпочатого виконання або відстрочити початок примусового виконання в межах строків, встановлених статтею 12 цього Закону. 2. Сторони виконавчого провадження розпоряджаються своїми процесуальними правами на кожній із стадій виконавчого провадження на власний розсуд у межах і процесуальній формі, які встановлені цим Законом. 3. Сторони виконавчого провадження мають право укласти мирову угоду, що затверджується (визнається) судом, який видав виконавчий документ».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – 520 с.
2. Закон України «Про виконавче провадження» № 1404-VIII // Відомості Верховної Ради України від 22.07.2016 р., № 30, стор. 5, стаття 542.
3. Закон України «Про виконавче провадження» № 606-XIV // Відомості Верховної Ради України від 18.06.1999 р., № 24, стаття 207.
4. Бабич В.А. Принципи функціонування Державної виконавчої служби // Адвокат, №11 (134). – 2011. – С. 34-37.
5. Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / М. Й. Штефан. – К.: Ін Юре, 2005. – 608 с.
6. Тертышников В. И. Основы гражданского судопроизводства Украины / В. И. Тертышников. – Х.: Издатель СПД ФЛ Вапнярчук Н.Н., 2006. – 256 с.
7. Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве / Р. Е. Гукасян. – Саратов: Приволжское книжное издательство, 1970. – 190 с.
8. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні. К.: Атіка, – 2002. – 480 с.
9. Балабин, В. И., Левченко, Л. В. Действие принципа диспозитивности в исполнительном производстве /В. И. Балабин, Л. В. Левченко. // Правоведение. – 1992. – № 3. – С. 108-111.
10. Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України від 08.10.2004 р., № 40, / 40-42 /, стор. 1530, стаття 492.
11. Исполнительный кодекс Республики Молдова Nr. 443 от 24.12.2004 // Monitorul Oficial Nr. 214-220. – статья № : 704 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=336538.
12. Заворотько П.П. Процессуальные гарантии исполнения судебных решений. дис. …докт. юрид. наук. / Киевский ордена Ленина гос. ун-т им. Т.Г. Шевченко. – Киев, 1969.
13. Воронов А. Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее / А. Ф. Воронов. – М.: Издательский Дом «Городец», 2009. – 494 с.

Золотаренко Вадим Владимирович

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ДИСПОЗИТИВНОСТИ В ДЕЙСТВИЯХ СУБЪЕКТОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА

В статье раскрыто содержание реализации принципа диспозитивности в действиях субъектов исполнительного производства на различных стадиях исполнительного производства с учетом последних законодательных изменений. На основе анализа теоретических подходов, определения этого принципа в Гражданском процессуальном кодексе Украины и практики зарубежных стран сделан вывод о необходимости закрепления содержания принципа диспозитивности в отдельной статье Закона Украины «Об исполнительном производстве».

***Ключевые слова**: исполнительное производство, принцип диспозитивности, процессуальные права, материальные права, участники исполнительного производства.*

Zolotarenko Vadym

THE PRINCIPLE OF DISCRETIONARY ACTIONS OF PARTICIPANTS OF THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS

The article concerns the legal content of the principle of discretionary actions of participants at different stages of the enforcement proceedings. Recent legislative changes are taken into account. The author concluded on the need to consolidate the principle of discretionary actions in a separate article of the Law of Ukraine «On enforcement proceedings». This conclusion was made based on the theoretical approaches, implementation of this principle in the Civil Procedure Code of Ukraine and practice of foreign countries.

***Keywords:** enforcement proceeding, the principle of discretionary actions, procedural rights, material rights, participants of enforcement proceeding.*

Лужанський Олександр Станіславович,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

ПРИНЦИП РОЗУМНОСТІ СТРОКІВ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У статті розкрито зміст принципу розумності строків з урахуванням останніх законодавчих змін. На основі аналізу та співвідношення підходів, втілення цього принципу в Цивільному процесуальному кодексі України Кримінальному процесуальному кодексі України, Кодексі адміністративного судочинства України. Проведена адаптація основних визначень щодо розумності строків зазначених у законодавстві України.

***Ключові слова**: виконавче провадження, принцип, принцип розумності строків, строки у виконавчому провадженні, правоаналіз.*

Постановка проблеми. Виконавче провадження в Україні побудоване на демократичних принципах (засадах, основах). Вони закріплені в нормах права і в них відображені правові погляди на завдання і мету виконавчого провадження, його організаційну побудову і функціональну діяльність органів виконавчої служби, їх повноваження, порядок здійснення та правове становище учасників виконавчого провадження і осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій [1, с. 54]. Одне з центральних місць системі таких засад займає принцип розумності строків виконавчого провадження. Зміст цього принципу, як і інших, законодавство не визначає. Однак, з огляду на те, що його дія спрямована на захист і гарантування прав осіб, які беруть участь у виконавчому провадженні, виникає потреба детального дослідження й визначення його правової природи на теоретичному рівні.

Стан дослідження. Принцип розумності строків у законодавстві про виконавче провадженні закріплюється вперше, хоча раніше й існував принцип повноти і своєчасності виконання рішення. Останній є близьким за своїм змістом до розглядуваного у цій статті, проте зараз в нього вкладають зовсім інші ідеї, а також мало місце розширення його правового впливу на нові інститути. Принципи виконавчого провадження розглядалися у працях таких вчених, як В.А. Бабич, М. В. Федоренко, С.Я. Фурса, С.В. Щербак, М. Й. Штефан та ін.

Метою статті є визначення поняття, критеріїв і змісту принципу розумності строків у виконавчому провадження з урахуванням нового Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 року [2], а також виявлення проблем його нормативно-правового втілення.

Виклад основного матеріалу. Із прийняттям нового Закону України «Про виконавче провадження» (далі – Закон), який набрав законної сили 5 жовтня 2016 року, було запроваджено багато змін у законодавство у сфері виконавчого процесу. Одним із таких нововведень, було нормативне закріплення переліку засад виконавчого провадження. Так, у ч. 1, ст. 2 Закону передбачено, що «виконавче провадження здійснюється з дотриманням таких засад:

1) верховенства права;
2) обов'язковості виконання рішень;
3) законності;
4) диспозитивності;
5) справедливості, неупередженості та об'єктивності;
6) гласності та відкритості виконавчого провадження;
7) розумності строків виконавчого провадження;
8) співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями;
9) забезпечення права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних виконавців, приватних виконавців» [2].

В попередньому Законі України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. (далі – старий Закон) [3], принципи можна було визначити лише в контексті трактування окремих статей закону, але конкретного переліку не надавалось. Так, аналізуючи чинне на той час законодавство, М.Й. Штефан у співавторстві з М.П. Омельченком виділяли такі принципи: законність, рівність громадян перед законом і органом державної виконавчої служби, недоторканність людини, недоторканність житла, гласність, державна мова провадження, диспозитивність, юридична істина, змагальність, доступність, безпосередність, публічність, оперативність [1, с. 54]. Також в наукових джерелах виділяли такий принцип як принцип повноти і своєчасності виконання рішення, який випливав з ч. 1 ст. 11 старого Закону: «Державний виконавець зобов'язаний вживати передбачених цим Законом заходів примусового виконання рішень, неупереджено, своєчасно і в повному обсязі вчиняти виконавчі дії». Цей принцип трактували наступним чином: з метою забезпечення своєчасності виконання рішення закон наділяє державного виконавця правами які закріплені у ч. 2, 3, ст. 11 старого Закону, а відповідно до ч. 2 ст. 30 старого Закону державний виконавець зобов'язаний провести виконавчі дії по виконанню рішень немайнового характеру – у двомісячний строк; всіх інших – у шестимісячний строк.

Аналогічний принцип закріплений і в новому Законі України «Про виконавче про-

вадження» від 02.06.2016 р., а саме принцип розумності строків виконавчого провадження. Однак, сутність цього принципу суттєво відрізняється від того, що випливає зі старого законодавства. В чинному Законі не закріплений конкретний строк, протягом якого виконавець зобов'язаний провести процесуальні дії із примусового виконання рішення, тобто строк здійснення виконавчого провадження. Стаття 13 «Строки прийняття рішень виконавцями та вчинення виконавчих дій» нового Закону присвячена різним видам строків у виконавчому провадженні. Так, відповідно до зазначеної статті під час здійснення виконавчого провадження виконавець вчиняє виконавчі дії та приймає рішення шляхом винесення постанов, попереджень, внесення подань, складення актів та протоколів, надання доручень, розпоряджень, вимог, подання запитів, заяв, повідомлень або інших процесуальних документів у випадках, передбачених цим Законом та іншими нормативно-правовими актами. Далі в статті зазначаються конкретні строки, протягом яких має вчинятись та чи інша виконавча дія, наприклад: опис та арешт майна здійснюються не пізніш як на п'ятий робочий день з дня отримання інформації про його місцезнаходження.

Проте стаття 13 Закону не містить вимог щодо обмеження строку виконавчого провадження в цілому, тобто такого, протягом якого мають бути вчинені всі необхідні виконавчі дії. Крім того, потенційну небезпеку щодо порушення принципу розумності строків несе у собі положення ч. 1 ст. 35 Закону, відповідно до якої виконавець зупиняє вчинення виконавчих дій у випадках, передбачених пунктами 2, 3 і 5 частини першої статті 34 цього Закону, – до розгляду питання по суті. Враховуючи те, що розгляд питання по суті у суді включає вчинення декількох процесуальних дій суду і учасників, таке формулювання є неточним. Вважаємо, що це словосполучення доцільно замінити на «до набрання законної сили ухвалою суду». Також слід зазначити, що відсутність граничного строку, у межах якого виконавець може зупинити вчинення виконавчих дій, може призвести до порушення прав стягувача у випадку затягнення такого розгляду. Зокрема, боржник може позбутися належного йому майна чи іншим чином ухилитися від виконання рішення.

Отже, в чинному законодавстві строк виконавчого провадження визначається відповідно до принципу розумності строків. Зазначене означає, що у Законі не міститься конкретних часових меж для здійснення всієї сукупності процесуальних дій виконавця, які мали місце у старому Законі.

Виникає питання, що розуміється під таким розумним строком і чи не призведе такий підхід законодавця до затягування виконавчого провадження його учасниками? На мою думку, для вирішення цих питань слід провести аналогію з дотриманням розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ в адміністративному судочинстві, адже термін «розумні строки» зустрічається і у законодавстві щодо судочинства.

Відповідно до ч. 1 ст. 157 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) [4] суд розглядає справи протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі, а справи про поновлення на роботі, про стягнення аліментів – одного місяця. В Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС) [5] зазначено, що адміністративна справа має бути розглянута і вирішена протягом розумного строку, але не більше місяця з дня відкриття провадження у справі (ч. 1 ст. 122). Також у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі КПК) [6] визначено, що судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку (ч. 1 ст. 318). Як видно із наведених норм, деякі з процесуальних кодексів встановлюють граничний строк, протягом якого справа має бути розглянута (ЦПК, КАС), а деякі – ні (КПК).

Отже принцип розумності строків зазначений в тих нормативних актах, які регламентують діяльність органів, наділених повноваженнями правоаналізу. Правоаналіз має місце зокрема в тих випадках, коли до компетенції суду належить вирішення спорів щодо всіх правовідносин, що виникають у державі, а за відсутності регламентації таких правовідносин він має право застосовувати аналогію законодавства і права. Як зазначають С. Я. Фурса та С. В. Щербак, державний виконавець повинен чітко додержуватись процедури вчинення виконавчого провадження. Це означає, що на відміну від суду, виконавець не може орієнтуватись на принципи права, а зобов'язаний чітко дотримуватись вимог закону [7, с. 46]. Тобто, державний виконавець не може діяти в межах аналогії закону чи права, а лише в межах визначених законом процедур. Згаданою ч. 1 ст. 11 чинного Закону передбачено можливість самостійно виконавцем встановлювати строки, які не визначено законом, використовуючи при цьому принцип розумності строків. Отже, якщо виконавець не наділений повноваженнями правоаналізу і не може вирішувати питання за аналогією права чи закону, то чим державний виконавець повинен керуватись при встановленні невизначеного законом строку?

Визначити, що лежить в основі принципу розумності строків, можливо, провівши аналогію з іншим законодавством, в якому вживається цей принцип та здійснити адаптацію його до особливостей виконавчого провадження.

У постанові від 17.10.2014 № 11 Пленуму Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» визначається, що вважається розумним строком у контексті судового розгляду справи: «Розумним, зокрема, вважається строк, що є об'єктивно необхідним для виконання процесуальних дій, прийняття процесуальних

рішень та розгляду і вирішення справи з метою забезпечення своєчасного (без невиправданих зволікань) судового захисту» [8]. В цій постанові також визначаються критерії розумного строку для цивільного судочинства, якими є: правова та фактична складність справи; поведінка заявника, а також інших осіб, які беруть участь у справі, інших учасників процесу; поведінка органів державної влади (насамперед суду); характер процесу та його значення для заявника; для кримінального судочинства: складність кримінального провадження; поведінка учасників кримінального провадження; спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень [8].

Враховуючи вищесказане та специфіку виконавчого провадження , дані положення можна адаптувати до його специфіки. Розумний строк в контексті виконавчого процесу – це строк, що є об'єктивно необхідним для виконання процесуальних дій, прийняття процесуальних з метою забезпечення своєчасного (без невиправданих зволікань) здійснення виконавчого провадження. Враховуючи таке поняття, критеріями для визначення розумності строків під час здійснення виконавчих дій є: правова та фактична складність провадження, поведінка осіб, які беруть участь у провадженні (учасників виконавчого провадження), спосіб здійснення виконавцем своїх повноважень та ефективність вчинюваних виконавцем дій, спрямованих на виконання виконавчого листа. Крім того, на мою думку, має значення такий критерій, як доцільність здійснюваних державним виконавцем дій.

Розглянемо зміст окремих критеріїв принципу розумності строків. Складність виконавчого провадження визначається кількістю учасників, які беруть участь (відмітимо, що як на стороні стягувача, так і на стороні боржника, може бути більше однієї особи); кількістю виконавчих проваджень, які зведені в одне; особливістю та наявністю майна, на яке може бути звернено стягнення; необхідністю проведення експертиз та їх складність; участю у справі іноземного елемента та необхідністю з'ясування і застосування норм іноземного права.

Оцінюючи поведінку учасників виконавчого провадження, слід враховувати належне виконання ними своїх процесуальних обов'язків, які передбачені ст. 19 Закону, наприклад, своєчасна явка за викликом виконавця, своєчасне надання боржником інформації про належне йому майно та цінні кошти на вимогу виконавця, сприяння виконання рішення стягувачем (йдеться про надання інформації про належне боржнику майно стягувачем, або інші дії, які б сприяли виконанню рішення); існування випадків зловживання процесуальними правами тощо. При цьому слід враховувати, що використання процесуальних прав, зокрема, заявлення скарг, не може розцінюватися як перешкоджання здійсненню провадження, за винятком випадків, коли йдеться про зловживання правом [8].

Оцінюючи спосіб та ефективність здійснення виконавцем своїх повноважень, слід враховувати послідовність та своєчасність здійснення процесуальних дій; наявність періодів бездіяльності (неактивності); обґрунтованість відкладення виконавчого провадження.

Доцільність здійснюваних виконавцем дій також є важливим критерієм, оскільки виконавець може вчиняти процесуальні дії, які не є необхідними для виконання рішення і як результат, відбувається необґрунтоване затягування виконавчого провадження.

Матеріали судової практики свідчать про те, що основними причинами порушення процесуальних строків є недоліки в діяльності судів, пов'язані насамперед із незадовільною організацією судового процесу. Є випадки, коли всупереч вимогам процесуальних законів і без будь-яких підстав для цього цивільні справи та кримінальні провадження призначаються до судового розгляду з порушенням передбачених законодавством строків [8]. Такі випадки цілком можливі і у виконавчому провадженні. Виконавче провадження також має свої процесуальні правила, які закріпленні в законі і недобросовісність державного виконавця може призвести до незадовільної організації виконавчого провадження й порушення прав однієї зі сторін у виконавчому провадженні: стягувача чи боржника. Поверхове вчинення виконавчих дій, ігнорування норм матеріального та процесуального права може призвести до істотного порушення строків здійснення виконавчих дій. Більше того, порушення строків прийняття рішень та вчинення виконавчих дій виконавцями не є підставою для скасування такого рішення чи виконавчої дії, крім випадків, коли вони були прийняті або вчинені з порушенням процедури, передбаченої цим Законом, на відміну від провадження справ по адміністративних правопорушень, де провадження закривається внаслідок закінчення строків притягнення до адміністративної відповідальності.

Висновки. Отже, Закон України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 р. ввів принцип розумності строків, який має інший контекст, ніж його аналог в старому Законі. В даній статті було визначено поняття та критерії такого принципу розумності строків, що й складає його зміст та суть. Цей принцип безумовно потребує уваги й подальшого дослідження науковцями, оскільки він відкриває нові питання та проблеми, пов'язані з реалізацією прав та обов'язків учасників виконавчого процесу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Штефан М.Й. Виконання судових рішень: Навч. посіб. / М.Й. Штефан, М.П. Омельченко, С.М. Штефан. — К.: Юрінком Інтер, 2001. – 320 с.
2. Закон України «Про виконавче провадження» № 1404-VIII // Відомості Верховної Ради України від 22.07.2016 р., № 30, стор. 5, стаття 542

3. Закон України «Про виконавче провадження» № 606-XIV // Відомості Верховної Ради України від 18.06.1999 р., № 24, стаття 207.
4. Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України від 08.10.2004 р., № 40, / 40-42 /, стор. 1530, стаття 492.
5. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35– 36, № 37. – Ст. 446
6. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – Ст. 88.
7. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні. К.: Атіка, – 2002. – 480 с.
8. Постанова Пленуму Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» від 17.10.2014 № 11 [Електронне джерело] — Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14.

Лужанский Александр Станиславович

ПРИНЦИП РАЗУМНОСТИ СРОКОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА

В статье раскрыто содержание принципа разумности сроков с учетом последних законодательных изменений. На основе анализа и соотношение подходов, воплощение этого принципа в Гражданском процессуальном кодексе Украины Уголовно процессуальном кодексе Украины, Кодексе административного судопроизводства Украины. Проведена адаптация основных определений по разумности сроков указанных в законодательстве Украины.

Ключевые слова: *исполнительное производство, принцип, принцип разумности сроков, сроки в исполнительном производстве, праоанализ.*

Luzhanskyi Alexander

THE REASONABLE TIME PRINCIPLE OF ENFORCEMENT PROCEEDINGS

The article reveals the content of the reasonable time principle taking into account the recent legislative changes. Based on the analysis and correlation approach, the embodiment of this principle in the Code of Civil Procedure of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the Code of Administrative Procedure of Ukraine is discussed. Adaptation of the basic definitions for the reasonable time specified in the legislation of Ukraine.

Keywords*: enforcement proceedings, the reasonable time principle, terms in the enforcement proceeding, law analysis.*

Фостікова Валерія Валеріївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

УЧАСТЬ АДВОКАТА У ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ

У статті розглядаються деякі особливості участі адвоката у процесі виконання судового рішення як представника сторони. Автор звертає увагу на зміст такого представництва, а також переваги залучення адвоката. Обгрунтована необхідність закріплення представництва адвокатом інтересів сторони у виконавчому провадженні як окремого виду адвокатської діяльності.

Ключові слова*: виконавчий процес, адвокатська діяльність, представництво, право на професійну правову допомогу, сторони виконавчого провадження.*

Постановка проблеми. Захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів особи буде неповним без виконання відповідного рішення. Конституційний суд України у своєму рішенні від 26 червня 2013 року № 5-рп/2013 зазначив, що невиконання судового рішення загрожує сутності права на справедливий розгляд судом [1]. Умови і порядок примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), що відповідно до закону підлягають примусовому виконанню, визначені у Законі України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 року [2].

Відомо, що участь особи у законодавчо врегульованій процедурі часто не приводить до бажаних результатів через брак спеціальних юридичних знань. У зв'язку з цим, однією із гарантій забезпечення прав і свобод особи є право на отримання нею професійної правничої допомоги, закріплене у ст. 59 Конституції України [3]. Відповідно до ст. 131-2 Основного закону для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. При чому зазначене не заперечує права на правничу допомогу загалом, у тому числі і у межах виконавчого процесу, яку можуть надавати інші, крім професійних адвокатів, фахівці-правники.

Стан дослідження. Інститут процесуального представництва у виконавчому процесі був предметом дослідження багатьох вчених, серед яких – Ю.В. Білоусов, Д.П. Ватман, М.В. Вінцславська, Д.В. Кухнюк, П.П. Заворотько, Я.П. Зейкан, І.В. Решетнікова, С.Я. Фурса, В.В. Цюра, С.В. Щербак, М.Й. Штефан та інші. Однак, питання участі адвоката як представника сторони виконавчого провадження залишається малодослідженим.

Метою статті є виявлення особливостей участі адвоката як представника сторони у виконавчому процесі.

Виклад основного матеріалу. Практика свідчить про те, що процес виконання судових рішень часто характеризується неефективністю, несвоєчасністю і неповнотою виконання. Система виконання рішень грунтується на власній правовій базі і є досить складною. Крім того, сьогодні досі триває процес реформування виконавчого провадження, який передбачає суттєві зміни, в тому числі організаційні (зокрема, вводиться інститут приватних виконавців), що ускладнює участь суб'єктів виконавчого провадження у процесі. За таких умов одним із способів досягнення особою бажаних результатів може бути залучення до участі у виконавчому процесі адвоката.

Коло учасників виконавчого провадження відповідно до ч. 1 ст. 14 Закону України «Про виконавче провадження» включає виконавця, сторони, представників сторін, прокурора, експерта, спеціаліста, перекладача, суб'єкта оціночної діяльності – суб'єкта господарювання, осіб, права інтелектуальної власності яких порушені. Участі адвоката потребують насамперед суб'єкти, які прагнуть досягнути конкретного правового результату, а не лише правосудного рішення. Такий юридичний інтерес у виконавчому провадженні мають сторони – стягувач і боржник. При чому у виконавчому провадженні можуть брати участь кілька стягувачів або кілька боржників, інтереси яких можуть бути представлені як різними адвокатами, так і одним, який діятиме в інтересах всіх стягувачів чи боржників.

Право на залучення сторонами представника закріплене у спеціальному законі. Так, відповідно до ч. 1 ст. 16 ЗУ «Про виконавче провадження» сторони виконавчого провадження можуть реалізувати свої права і обов'язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників. Представництво – це правовідношення, у якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчиняти правочини від імені другої сторони, яку вона представляє. Залучення представника до виконавчого процесу може бути зумовлено як об'єктивною неможливістю брати участь у процесі, так і бажанням отримати професійну допомогу, заощадити власний час та засоби.

Отже, саме у формі цивільного процесуального представництва реалізується участь адвоката у виконавчому процесі. При чому таке представництво включає два види правовідносин: між адвокатом і довірителем, а також між адвокатом і державним чи приватним виконавцем і іншими учасниками виконавчого провадження.

Участь адвоката можлива на будь-якій стадії виконавчого процесу і у будь-якій справі, та може реалізовуватися у таких формах: 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 [4, с. 45]. Проте найбільш доцільним є залучення адвоката до початку звернення стягнення на майно. Враховуючи значення виконання рішення для захисту прав і свобод особи закономірним є укладення договору про надання правової допомоги на стадії судового розгляду, який повинен стосуватися не лише роботи адвоката в судовому процесі до вирішення справи по суті, але і включати його участь у процесі виконання відповідного рішення.

Однак, в деяких випадках адвокат не може брати участь у виконавчому процесі. Так, ч. 1 ст. 28 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [5] закріплені підстави для відмови в укладенні договору про надання правової допомоги. До таких підстав законом віднесені, зокрема: у разі якщо доручення на виконання дій виходять за межі професійних прав і обов'язків адвоката; результат, досягнення якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких він наполягає, є протиправними, суперечать моральним засадам суспільства, присязі адвоката України,правилам адвокатської етики тощо.

У виконавчому процесі відбувається зіткнення інтересів стягувача і боржника, що обумовлює ускладнення реального здійснення сторонами своїх прав, насамперед прав стягувача [6, с. 80]. Так, стягувач бажає досягнути повного і своєчасного виконання рішення. У свою чергу, боржник прагне зменшити вплив на свою майнову сферу. Як зазначалося, адвокат може представляти інтереси як стягувача, так і боржника. Однак, через зазначене зіткнення інтересів одна й та сама особа не може бути представником обох сторін в одному виконавчому провадженні; в протилежному випадку – матиме місце конфлікт інтересів. Дотримуючись правил етики, адвокат у випадку відмови від наданих йому повноважень не може бути у цьому ж виконавчому провадженні представником іншої сторони.

Стадія виконання рішення потребує активної діяльності насамперед сторін, адже одним із принципів виконавчого процесу є диспозитивність, який полягає у наявності гарантованої законом можливості відповідного суб'єкта вільно та незалежно розпоряджатися своїми матеріальними та процесуальними правами, а також засобами захисту [7, с. 51]. Крім того, він передбачає необхідність прояву ініціативи осіб, які зацікавлені в результаті виконавчого

провадження – стягувача і боржника. Це означає, що досягнення бажаного результату залежить від того, чи вжиті процесуальні дії своєчасно та у належній формі. Виходячи з цього, адвокату слід ефективно розпорядитися належними стороні диспозитивними правами, зокрема: правом ознайомлюватися з матеріалами виконавчого провадження, робити з них виписки, знімати копії, заявляти відводи, правом доступу до автоматизованої системи виконавчого провадження, правом оскаржувати рішення, дії або бездіяльність виконавця, правом надавати додаткові матеріали, заявляти клопотання, брати участь у вчиненні виконавчих дій, надавати усні та письмові пояснення, заперечувати проти клопотань інших учасників виконавчого провадження, правом на укладення мирової угоди та інші (ст. 19 ЗУ «Про виконавче провадження»). У процесі виконання рішення адвокат повинен надавати особі роз'яснення щодо її прав, правових наслідків вчинення процесуальних дій, надавати актуальну інформацію щодо стану виконання рішення.

Коло процесуальних прав стягувача і боржника співпадає, що не виключає специфіку представництва інтересів протилежних сторін. Зокрема, представляючи боржника перш за все адвокат повинен оцінити можливість добровільного виконання рішення. Роз'ясненню клієнту підлягає інформацію про наслідки примусового виконання рішення, зокрема, щодо виникнення додаткових витрат, звернення стягнення на майно боржника шляхом його арешту, вилучення та примусової реалізації.

Таким чином, до змісту представництва адвоката у виконавчому процесі належить вчинення процесуальних дій, наслідки яких поширюються на довірителя. Обсяг повноважень адвоката визначається колом процесуальних прав довірителя. При чому особа-довіритель має право обмежити коло повноважень представника. Відповідно до ч. 4 ст. 16 ЗУ «Про виконавче провадження» повноваження адвоката як представника посвідчуються ордером, дорученням органу чи установи, що уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги. До ордера обов'язково додається витяг з договору, в якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих дій як представника сторони виконавчого провадження. Витяг засвідчується підписами сторін договору. Крім того, статтею 63 Закону України «Про виконавче провадження» встановлений особливий порядок виконання рішень, за якими боржник зобов'язаний вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення. За таким рішенням боржник зобов'язаний особисто вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення. Відповідно, участь адвоката в такому випадку буде дещо обмеженою.

Участь адвоката як представника забезпечує ефективну реалізацію зазначених процесуальних прав особи, яку представляє. Такий висновок обумовлений такими рисами правового статусу адвоката: володіння належним рівнем професійної підготовки; пов'язаність правилами професійної етики та законодавчими вимогами доступу до професії; необхідність нести відповідальність за неналежне виконання ним свого професійного обов'язку; наявність закріплених у законі професійних прав, порушення яких іншими особами тягне за собою юридичну відповідальність. Діяльність адвоката, в тому числі як представника у виконавчому процесі, заснована на таких основних принципах адвокатської етики, як конфіденційність (нерозголошення за будь-яких обставин інформації, наданої клієнтом), домінантність інтересів клієнтів, неприпустимість конфлікту інтересів, компетентність та добросовісність у виконанні своїх обов'язків перед клієнтом. Зазначені елементи правового статусу адвоката надають йому ряд переваг перед іншими юристами у процесі здійснення представництва інтересів клієнта.

Участь адвоката у виконавчому процесі є представництвом інтересів довірителя. Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» представництво – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні. Як видно із наведеного положення в законі відсутнє закріплення такого різновиду адвокатської діяльності, як представництво сторони у процесі виконання судових рішень. Таке положення, серед іншого, зумовлено відсутністю однозначної позиції в літературі щодо самостійності виконавчого провадження. У ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» воно іменується завершальною стадією судового провадження.

На наш погляд, слід нормативно відокремити представництво адвоката у суді від представництва на стадії виконання рішення, оскільки останнє передбачає необхідність застосування адвокатом відмінних правових інструментів і засобів, а сам виконавчий процес характеризується наявністю особливих учасників, цілей, етапів, джерел правового регулювання тощо. Крім того, участь адвоката у виконавчому провадженні не в усіх випадках є продовженням процесуального представництва у судовому процесі, в межах якого адвокат здійснював представництво інтересів позивача або відповідача (третьої особи); вона може мати і самостійне значення і відбуватися вже після постановлення судового рішення – у формі участі адвоката лише в процесі виконання судового рішення. Такі зміни повинні бути внесені до ст. 1, 19 та інших, які стосуються здійснення адвокатом представництва як виду адвокатської діяльності.

Висновки. Отже, участь адвоката у виконавчому процесі гарантує ефективну реалізацію процесуальних прав відповідним учасником провадження. Саме адвокат, який пройшов спеціальну підготовку, обізнаний із практикою виконання аналогічних рішень і володіє ширшим колом професійних прав і гарантій може забезпечити надання якісної правової допомоги і найбільш повно гарантувати право кожного на професійну правову допомогу. Слід нормативно відокремити представництво адвоката у суді від представництва на стадії виконання рішення, внісши відповідні зміни у Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Рішення Конституційного суду України від 26.06.2013 № 5-рп/2013 // Вісник Конституційного суду України, – 2013 р., № 4, стор. 17
2. Закон України «Про виконавче провадження» № 1404-VIII // Відомості Верховної Ради України від 22.07.2016 р., № 30, стор. 5, стаття 542
3. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — No 30. — Ст. 141
4. Щербак, С. В. Представництво у виконавчому процесі [Текст] / С. В. Щербак // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2013. – N 1(8). – С. 44-49
5. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» // Відомості Верховної Ради України офіційне видання від 05.07.2013 р., № 27, стор. 1438, стаття 282.
6. Кухнюк Д. В. Осуществление адвокатом представительства в исполнительном процессе Украины / Д. В. Кухнюк. // Legea si viata. – 2016. – С. 80–83.
7. Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / М. Й. Штефан. – К.: Ін Юре, 2005. – 608 с.

Фостикова Валерия Валериевна

УЧАСТИЕ АДВОКАТА В ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ

В статье рассматриваются некоторые особенности участия адвоката в процессе исполнения судебного решения как представителя стороны. Автор обращает внимание на содержание такого представительства, а также на преимущества привлечения адвоката. Обоснована необходимость закрепления представительства адвокатом интересов стороны в исполнительном производстве в качестве отдельного вида адвокатской деятельности.

***Ключевые слова**: исполнительный процесс, адвокатская деятельность, представительство, право на юридическую помощь, стороны исполнительного производства.*

Fostikova Valeriia

PARTICIPATION OF A LAWYER IN THE ENFORCEMENT PROCEEDING

The article deals with the features of a lawyer's (attorney's) activity in the process of enforcement of a judicial decision. The author draws attention to the content of such representation, as well as to the advantages of a lawyer's participation. The necessity to establish a separate type of legal activity – representation of the interests of the parties in the process of enforcement of a judicial decision – in law is reasoned.

***Keywords**: enforcement of judicial decision, legal activity, representation, the right to legal aid, parties of the enforcement proceeding.*

Шевчук Катерина Петрівна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

ПРИНЦИП СПІВМІРНОСТІ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Стаття призначена розгляду питання принципу співмірності, його трансформації від забезпечення позову в провадженні в суді до забезпечувальних заходів на стадії примусового виконання. Здійснений аналіз норм законодавства, що стосується принципу співмірності та визначене його практичне значення.

***Ключові слова:** принцип,виконавчий процес, співмірність, провадження, позов, заходи, боржник.*

Постановка проблеми. Завданням виконавчого провадження є примусове виконання рішень судів, в процесі якого застосовується багато різних виконавчих дій. Процедура виконання є складною і містить велику кількість недоліків, тому під час своєї службової діяльності виконавці повинні діяти законно, аби негативні наслідки для сторін виконавчого провадження були мінімальними. Основою, «керівними положеннями» для законної діяль-

ності учасників виконавчого провадження є принципи, тому чітке їх визначення у Законі «Про виконавче провадження» дозволить ефективніше досягнути поставленого завдання.

Стан дослідження. На відміну недостатнього нормативного регулювання принципів виконавчого процесу в науковій доктрині такі принципи розкриваються та аналізуються багатьма авторами. До науковців, що займаються проблематикою виконавчого процесу в Україні належать: С.Я. Фурса, С.В. Щербак, М.І. Штефан, Ю.В. Білоусов, Р.О. Ляшенко, К.А.Гузе, К.В. Бернатович, Д.Г. Глушкова, Л.Г. Талан, В.В. Комаров, Д.М. Сібільов та інші.

Метою статті є доктринальне і нормативне дослідження принципу співмірності, визначення його сутності та практичного значення.

Виклад основного матеріалу. Ю.В. Білоусов під принципами виконавчого провадження розуміє закріплені у правових нормах основні засади, керівні положення, які визначають організацію органів державної виконавчої служби, зміст і спрямованість її діяльності, правовий статус учасників виконавчого провадження[1].

С.Я. Фурса та С.В. Щербак виокремлюють принципи організації та діяльності Державної виконавчої служби України. Відповідно принцип співмірності відноситься до принципів діяльності, оскільки застосовується безпосередньо у процесі виконавчого провадження[2].

2.06.2016 року був прийнятий новий Закон «Про виконавче провадження»[3], в якому, на відміну від Закону «Про виконавче провадження» від 21.04.1999[4] року, міститься законодавче закріплення принципів виконавчого провадження.

Стаття 2 зазначеного Закону[3] має назву «Засади виконавчого провадження» містить перелік основоположних засад. Однак не містить їх визначення. Принцип «співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями» закріплений в п.8 зазначеної статті. Співмірність забезпечує баланс прав та інтересів сторін. Відповідно до цього принципу примусові заходи не повинні невиправдано посягати на права боржника та третіх осіб, а також неприпустимо застосування неспівмірних та недобросовісних заходів[5]. Наприклад, накладення арешту не на все майно боржника, а в межах суми, яка підлягає стягненню за виконавчим документом.

Відсутність нормативного визначення принципу співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями призведе до значних проблем на практиці. По-перше, не відомо на яке коло суб'єктів він поширюється: чи тільки державний виконавець повинен його враховувати при здійсненні заходів примусового виконання, чи його повинні дотримуватись всі учасники виконавчого провадження? По-друге, якщо принципи не можуть стосуватись тільки певних осіб, тоді яким чином інші учасники виконавчого провадження можуть реалізувати даний принцип.

Отже, в Законі «Про виконавче провадження» доцільно закріпити окрему норму, яка буде присвячена принципу співмірності і в якій буде детально визначено сутність даного принципу й процес його реалізації.

Принцип співмірності взаємопов'язаний із заходами забезпечення позову. Відповідно до статті 151 ЦПК України суд за заявою осіб, які беруть участь у справі, може вжити заходи забезпечення позову. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду, а ч. 3 статті 152 встановлює, що види забезпечення позову мають бути співмірними із заявленими позивачем вимогами[6].

Зокрема Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» №9 від 22.12.2006 року визначає, що 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 виникспір 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 виду забезпечення позову, який просить застосувати особа, котра звернулася з такою заявою, позовним вимогам.

При встановленні зазначеної відповідності слід враховувати, що вжиті заходи не повинні перешкоджати господарській діяльності юридичної особи або фізичної особи, яка здійснює таку діяльність і зареєстрована відповідно до закону як підприємець[7].

Отже, заходи забезпечення позову, які застосовуються судом в подальшому трансформуються у забезпечувальні заходи примусового виконання. Слід відзначити, не допускається забезпечення позову шляхом накладення арешту на заробітну плату, пенсію та стипендію, допомогу по загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню, яка виплачується у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю (включаючи догляд за хворою дитиною), вагітністю та пологами, по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, на допомогу, яка виплачується касами взаємодопомоги, благодійними організаціями, а також на вихідну допомогу, допомогу по безробіттю. Ця вимога не поширюється на позови про стягнення аліментів, про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, про відшкодування збитків, завданих злочином[6].

Ухвала про забезпечення позову виконується негайно й, оскільки, вона може подаватись до пред'явлення позову, то справа може ще довго розглядатись в судовому провадженні, а арешт накладений виконавцем буде діяти, що позбавляє право власника

розпорядження таким майном. Тому важливо, щоб захід забезпечення позову був співмірним із позовними вимогами.

При накладенні арешту державний виконавець повинен враховувати Перелік майна, на яке не може бути звернено стягнення. Відповідно стягнення за виконавчими документами не може бути звернено на таке майно, що належить боржникові – фізичній особі на праві власності або є його часткою у спільній власності, необхідне для боржника, членів його сім'ї та осіб, які перебувають на його утриманні (крім майна та речей, що належать до предметів мистецтва, колекціонування та антикваріату, дорогоцінних металів та дорогоцінного, напівдорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення в сировині, необробленому та обробленому вигляді (виробах):

1. Предмети щоденного побутового особистого вжитку для задоволення щоденних фізіологічних та гігієнічних потреб (посуд, постільна білизна, засоби гігієни), речі індивідуального користування (одяг, взуття, всі дитячі речі).

2. Лікарські засоби, окуляри та інші вироби медичного призначення, необхідні боржникові, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні, за медичними показаннями.

3. Меблі – по одному ліжку та стільцю на кожну особу, один стіл, одна шафа на сім'ю.

4. Один холодильник на сім'ю.

5. Один телевізор, персональний комп'ютер на сім'ю, один мобільний телефон – на кожну особу.

6. Запас питної води, продукти харчування, необхідні для особистого споживання боржникові, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні, – з розрахунку на три місяці або гроші, необхідні для придбання запасів питної води та продуктів харчування для боржника, членів його сім'ї та осіб, які перебувають на його утриманні, – з розрахунку трикратного розміру мінімальної заробітної плати, що діє на день звернення стягнення, на кожну особу.

7. Майно, необхідне для відправлення релігійних культів та ритуальних обрядів боржником, членами його сім'ї та особами, які перебувають на його утриманні, професійних занять боржника, членів його сім'ї, які перебувають на його утриманні, якщо воно є єдиним джерелом доходу таких осіб, знаряддя особистої кустарної і ремісничої праці, книги.

8. Паливо, необхідне боржникові, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні, для приготування щоденної їжі та опалення (протягом опалювального сезону) житлового приміщення.

9. Використовувані для цілей, не пов'язаних із провадженням підприємницької діяльності, племінна, молочна і робоча худоба (по одній одиниці), кролики (дві пари), птиця (п'ять штук), корми, необхідні для їхнього утримання до вигону на пасовища.

10. Насіння, необхідне для чергового посіву, та незібраний урожай – в осіб, які займаються індивідуальним сільським господарством (крім земельних ділянок, на які накладено стягнення).

11. Сільськогосподарський інвентар – в осіб, які займаються індивідуальним сільським господарством.

12. Технічні та інші засоби реабілітації, що забезпечують компенсацію або усунення стійких обмежень життєдіяльності людей з інвалідністю та інших категорій осіб, автомобіль, яким відповідно до закону за медичними показаннями забезпечена людина з інвалідністю безоплатно або на пільгових умовах.

13. Призи, державні нагороди, почесні та пам'ятні знаки, якими нагороджений боржник.

Отже, за рахунок такого майна не може бути здійснено виконання рішення, а отже державний виконавець не може й накласти на нього арешт при виконанні ухвали про забезпечення позову.

Принцип співмірності можна простежити в ч. 6 статті 48 Закону України «Про виконавче провадження», в якій йдеться, що стягнення на майно боржника звертається в розмірі та обсязі, необхідних для виконання за виконавчим документом, з урахуванням стягнення виконавчого збору, витрат виконавчого провадження, штрафів, накладених на боржника під час виконавчого провадження, основної винагороди приватного виконавця. У разі, якщо боржник володіє майном з іншими особами, стягнення звертається на його частку, що визначається судом за поданням виконавця. Тобто, якщо державний під час виконання судового рішення звертає стягнення на майно, вартість якого перевищує розмір заборгованості, що підлягає стягненню, його дії є неправомірними й можуть бути оскаржені.

Також слід відзначити, що хоч і в старому Законі «Про виконавче провадження» не було закріплено принцип співмірності, проте раніше він також застосовувався у судовій практиці. Наприклад, ухвала Київського районного суду у справі №520/5711/13-ц, якою було ухвалено скасувати постанову державного виконавця про накладення арешту на нерухоме майно боржника, оскільки його борг становив 24 650 грн і вже був ним сплачений[8].

Доволі часто виникають труднощі з врахуванням співмірності вартості нерухомості, забезпеченої іпотекою, із сумою порушеного основного зобов'язання та розміром вимог іпотекодержателя. Непоодинокими є, коли розмір заборгованості по кредиту становив 20-50 тис. гривень і при цьому зверталося стягнення на квартиру, вартість якої досягала мільйона. Тому під час вирішення спору про звернення стягнення на предмет іпотеки суд має дати оцінку співмірності суми заборгованості за кредитом та вартості іпотечного майна. Виходячи з цього, можна дійти висновку, що часто здійснення принципу співмірності у виконавчому процесі залежить від рішення суду, адже, якщо в рішенні суду зазначено стягнути майно, яке значно перевищує заявлені позовні вимоги, то виконавець не вправі змінити таке майно.

Висновки. Отже, здійснивши аналіз нормативних актів, сутність принципу співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями у виконавчому процесі зводиться до наступного:

1) При визначенні заходів виконання рішення, державний виконавець зобов'язаний враховувати обсяг вимог за виконавчим документом;

2) При здійснення такого заходу як накладення арешту, державний виконавець повинен враховувати винятки, тобто майно, на яке не може бути звернено стягнення.

3) Оскільки забезпечувальні заходи в судовому провадженні трансформуються в забезпечувальні міри в судовому провадженні, то принцип співмірності повинен враховуватися судом ще, коли справа розглядається і не прийнято рішення.

Принцип співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями має істотне значення для виконавчого провадження, оскільки завадить випадкам зловживання виконавцем своїми службовими правами та іншим зацікавленим особам використовувати виконавче провадження як засіб для отримання за зниженими цінами нерухоме майно. Тому вважаємо за потрібне закріпити в Законі України «Про виконавче провадження» окрему статтю, яка буде присвячена даному принципу і буде визначачати його сутність, а також яким чином він може бути реалізований учасниками виконавчого процесу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Білоусов Ю. В. Виконавче провадження: навч. посіб. / Ю. В. Білоусов. – К.: Прецедент, 2005. – 192 с.
2. Виконавче провадження в Україні. С.Я. Фурса, С.В. Щербак, Навчальний посібник. Київ – Атіка, 2002.
3. Закон України «Про виконавче провадження» від 2.06.2016 року. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1404-19
4. Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 року. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/606-14
5. Малюшин К.А. Принципы гражданского исполнительного права: проблемы понятия и системы [Текст] / К.А. Малюшин. – М.: Инфотропик Медиа, 2011. – 256 с.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 року. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15
7. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.2006 року №9. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/va009700-06
8. Ухвала Київського районного суду м. Одеси від 24.05.2013 року у справі №520/5711/13-ц. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://cases.legal/uk/act-uk 1-31393641.html

Шевчук Екатерина Петровна

ПРИНЦИП СОРАЗМЕРНОСТИ В ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Статья предназначена рассмотрению вопроса принципа соразмерности, его трансформации от обеспечения иска в производстве в суде в обеспечительные меры на стадии принудительного исполнения. Проведенный анализ норм законодательства, касающегося принципа соразмерности и определено его практическое значение.

Ключевые слова: *принцип, исполнительный процесс, соразмерность, производство, иск, меры, должник.*

Kateryna Shevchuk

THE PRINCIPLE OF PROPORTION IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

This article is intended consider the principle of proportion, his transformation from securing a claim in the proceedings in the court for interim measures at the enforcement stage. The analysis of the legislation relating to the principle of proportion and determined its practical value.

Keywords: *principle executive process, proportionality, proceeding, suit, sanction, debtor.*

IV МІЖГАЛУЗЕВІ ЗВ'ЯЗКИ ПРАВНИЧОЇ НАУКИ

Гвагвалія Маріка Мамуківна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 342.7-053.2 (477)

ПРАВО НА ЖИТТЯ НЕНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті висвітлюється проблема визначення права на життя ненародженої дитини. Розглянуто практику Європейського суду з прав людини щодо визначення початкового моменту життя, щодо взаємозв'язку права на життя ненародженої дитини (стаття 2 Конвенції) та права на приватне життя жінки (стаття 8 Конвенції). Автор аналізує рішення Європейського суду з прав людини та зіставляє їх з національним законодавством України.

***Ключові слова**: право на життя, ненароджена дитина, практика Європейського суду, права ненародженої дитини, момент виникнення права на життя.*

Постановка проблеми. У релігійній, медичній та юридичній літературах звертається увага на проблему штучного переривання вагітності, яка тісно пов'язана із посяганням на право на життя. З точки зору теології життя виникає з моменту зачаття, з точки зору медицини через декілька днів після зачаття відбувається формування нервової та травної системи, через 18 днів починає працювати серце і поетапно з'являється інші органи життєдіяльності. Однак, на юридичному рівні ембріон не визнається ані дитиною, ані людською істотою, оскільки законодавством не визначено початковий момент виникнення права на життя. Це стосується не лише України, а й європейських країн. Міжнародний судовий орган, Європейський суд з прав людини, також не розв'язує цю дилему і не бере на себе відповідальність за розширення статті 2 Конвенції до права на життя ненародженої дитини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Необхідно відзначити вплив статтей Мірошниченко О.А. «Міжнародно-правові та національно-правові проблеми легалізації права на штучне переривання вагітності» та «Закріплення права людини на життя в міжнародних документах», статті Рогової О.Г. «Про час виникнення права людини на життя: загальнотеоретичний аналіз» та «Право на життя: розвиток законодавства і суспільно-правової практики», доповіді Понкіна І.В., Єремяна В.В., Кузнєцова М.М., Понкіної О.О. «Про правові підстави правового визнання цінності життя, людської гідності і права на життя дитини на пренатальній стадії розвитку» на позицію автора.

Постановка завдання. У межах статті буде проаналізовано практику Європейського суду з прав людини щодо застосування статті 2 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод до ненародженої дитини. Визначені різні аспекти права на життя ненародженої дитини в сенсі статті 2 Конвенції. Окреслено необхідність правового закріплення моменту виникнення права на життя задля захисту дитини на пренатальній стадії розвитку як на на національному рівні, так і на міжнародному.

Виклад основного матеріалу дослідження. Законність права жінки на штучне переривання вагітності в міжнародному та національному праві пов'язана із моментом виникнення права на життя і з реалізацією такого права[1, с.12]. Слід звернути увагу, що у відповідності до ст. 1 частини І Конвенції про права дитини дитиною є «кожна людська істота» [2, с.36]. Однак, в міжнародному праві немає поняття «людина» та «людська істота». Крім того міжнародні органи з захисту прав людини уникають визначення початкового моменту права на життя. Між тим, регіональним органом із захисту прав людини, а саме Європейською комісією з прав людини, у рішенні по справі H v. Norway від 19 травня 1992 року зазначено, що «обмеження, які передбачені пунктами 1 та 2 статті 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) за своєю природою відносяться лише до вже народжених осіб і не можуть застосовуватись по відношенню до дитини, яка повинна народитись» [3, с. 22].

Пропонуючи країнам-учасницям деяку свободу розгляду відносно законів, що дозволяють штучне переривання вагітності при певних обставинах, Комісія вирішила, що стаття 2 може застосовуватись за деяких умов і до ненародженої дитини. Так, у тій самій справі H v. Norway Комісія зазначила, що не повинна вирішувати питання захисту зародка у відповідності до ст.2 Конвенції, але не можна виключати появу таких справ за деяких обставин, не дивлячись на той факт, що в країнах-учасницях існують розбіжності у поглядах щодо можливості розширення статті 2 для захисту ненародженої дитини [3, с.11].

Тим не менш постало питання визначення вищезазначених обставин. Ці обставини визначаються національним законодавством країн-учасниць Конвенції. До них можуть від-

носитись терміни, у межах яких штучне переривання вагітності дозволяється, медичні показання за наявності тяжких супутніх захворювань, за умови погодження лікарів (консиліумів лікарів).

Вчені наголошують, що для законодавця дилема збереження нейтралітету є досить важкою, підкреслюють фундаментальний етичний вимір такого врегулювання, враховуючи, що деякі норми, у тому числі і стосовно переривання вагітності, приймаються в рамках важливих проблем релігійного, світоглядного або філософського характеру [4, с.112].

У практиці Європейського суду з прав людини (далі – Суд) розглядаються різноманітні аспекти реалізації права на життя у контексті забезпечення права на життя (ст. 2 Конвенції). У рішенні «Во проти Франції» заявниця скаржилася на відмову державних органів у кваліфікації позбавлення життя її ненародженої дитини як вбивство через необережність через призму статті 2 Конвенції. У формулярі-заяві зазначалось, що у Франції кримінальним законодавством за такі діяння не передбачено покарання. Для вирішення цієї справи по суті Суд мав визначити момент виникнення права на життя. І знову ж таки Судом було «делеговано» вирішення цього питання на національному рівні. В основі обґрунтування такої позиції лежить:

А) дискутивність та невирішеність даного питання державами-учасницями Конвенції;

Б) відсутність наукового консенсусу між європейськими країнами щодо визначення початкового моменту життя [5].

Тобто, ми можемо спостерігати незахищеність ембріону чи плоду на законодавчому рівні європейських країн, що у свою чергу призводить до уникнення кримінального покарання винуватих осіб.

Але разом з тим, мотивуючи свої рішення, Суд підходить до питання гуманно та з рекомендативним характером. Судом зазначено, що вірогідна можливість і здатність плоду людини стати людиною зобов'язують захищати його з точки зору моральності, але застосовувати до нього ст. 2 Конвенції не вимагається. У даному рішенні Суд підкреслив, що немає можливості вирішувати питання моменту виникнення життя, визнання ненародженої дитини людиною *абстрактно* у значенні статті 2 Конвенції, до того ж Суд переконаний, що поки національною системою охорони здоров'я країн-учасниць та внутрішнім законодавством не буде підтримано і захищено статус ембріона чи плода, Суд не матиме законних та юридично обґрунтованих підстав для застосування положень статті 2 Конвенції.

Нині позитивний конвенційний обов'язок держав-учасниць у системі охорони здоров'я полягає у застосуванні зусиль, необхідних задля захисту життя особи та у проведенні розслідувань щодо з'ясування причин смерті. Аналіз рішення «Во проти Франції» дає можливість дійти до висновку, що Судом запропоновано вирішувати питання, пов'язані із професійним недбальством лікарів, у результаті якого ненароджена дитина помирає, шляхом визнання такого недбальства у порядку адміністративного судочинства, допоки національним законодавством не буде закріплено юридичний статус ембріону, плоду, а відтак і законодавчо визначено момент початку життя [5].

У справі Bruggemann and Scheuten v. FRG розглянутий ще один аспект застосування статті 2 Конвенції. Європейська комісія з прав людини зазначила, що захист права ненародженої дитини в сенсі статті 2 Конвенції шляхом заборони аборту порушує ст. 8 Конвенції, оскільки є втручанням в особисте життя жінки [6, с.121]. Поряд з цим Комісія прийшла до висновку, що заявницею не було порушено національне законодавство Німеччини.

Якщо ж Суд відсилає до національного законодавства держав-учасниць Конвенції, то в Україні частиною 1 ст. 27 Конституції України, ч.1 ст. 281 Цивільного кодексу України, закріплено невід'ємне право людини/фізичної особи на життя. Разом з тим, у ч.2 ст. 25 Цивільного кодексу України зазначається, що правоздатність фізичної особи виникає в момент її народження, а у випадках, встановлених законом, охороняються інтереси зачатої, але ще не народженої дитини (у разі народження її живою – ст. 1222 Цивільного кодексу України,). У відповідності до Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, затвердженої Наказом Міністерства охорони здоров'я України № 179 від 29.03.2006 року, живонародженням вважається «вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення (незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізана пуповина і чи відшарувалась плацента) дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів [7]. Методичні рекомендації для центральних органів виконавчої влади України щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини № 40 від 21.11.2000 року не дають вичерпну відповідь щодо застосування статті 2 Конвенції, а лише містять аналіз рішень Суду щодо права на життя ненародженої дитини і відкритим залишають питання чи визнаватиметься за вагітною жінкою безумовне право на аборт [8].

Підсумовуючи вищезазначене, ми можемо дійти до висновку, що необхідно законодавчо визначити, з якого моменту держава здійснює охорону права на життя ненародженої дитини.

Висновки. Наведений аналіз свідчить про необхідність закріплення на правовому рівні початкового моменту права на життя, оскільки для цього існують як медичні підстави (дитина на пренатальній стадії розвитку відчуває біль під час штучного переривання вагітності), так і правові підстави (правосуб'єктність дитини може виникати і до народження в спадкових правовідносинах). Окрім цього слід звернути увагу на невизначеність Європейського суду з прав людини щодо розширення статті 2

Конвенції, що в черговий раз підкреслює важливість визначення моменту виникнення права на життя саме на національному рівні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Мірошниченко О.А. Закріплення права людини на життя в міжнародних документах // Пробл. законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2003. – Вип. 59. – С. 200 – 204;
2. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р., ООН; Конвенція, Міжнародний документ //Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – С. 205;
3. R. H. v. Norway. Application № 17004/90 (1992). European Court of Human Rights. vol. 73, (155), p.168, § 1;
4. Національні та міжнародні механізми захисту прав людини: тези доп. Всеукр. круглого столу (м. Харків, 20 квіт.2016 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2016. – 216 с.;
5. CASE OF VO v. FRANCE. Application no. 53924/00 (2004). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887.
6. Rosemarie BRÜGGEMANN and Adelhaid SCHEUTEN v. FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Application № 6959/75 (1976). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»:[«001-74824»]}.
7. Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості (Затверджено Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2006 № 179)/[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06;
8. Методичні рекомендації для центральних органів виконавчої влади щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини (Схвалено постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р.№ 40) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0040323-00.

Гвагвалия Марика Мамуковна

ПРАВО НА ЖИЗНЬ НЕРОЖДЁННОГО РЕБЕНКА: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

В статье освещена проблема определения права на жизнь нерождённого ребенка. Рассмотрено практику Европейского суда по правам человека касательно определения начального момента жизни, касательно взаимосвязи права на жизнь нерождённого ребенка (статья 2 Конвенции) и права на личную жизнь женщины (статья 8 Конвенции). Автор анализирует решения Европейского суда по правам человека и сопоставляет их с национальным законодательством Украины.

***Ключевые слова**: право на жизнь, нерождённый ребенок, практика Европейского суда, права нерождённого ребенка, момент возникновения права на жизнь.*

Gvagvaliia Marika

INTERNATIONAL LEGAL ASPECT OF THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBORN CHILD

The article deals with the right to life of the unborn child. The author reviews the practice of the European court of human rights regarding the determination of the starting moment of life, about the relationship of the right to life of the unborn child (article 2 of the Convention) and the privacy rights of women (article 8 of the Convention). The author analyses the decisions of the European court of human rights and compares them with the national legislation of Ukraine.

***Keywords:** right to life, unborn child, practice of European court, rights of unborn child, the time of emergence of the right to life.*

Кухнюк Дмитро Володимирович,
адвокат, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри нотаріального та виконавчого
процесу і адвокатури Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
керуючий партнер адвокатського об'єднання
«Мельник, Кухнюк і партнери»

Ріпна Марина Анатоліївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.9

ПІДСТАВИ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА В ПРОЕКТАХ ЗМІН ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ»

У статті досліджуються питання реформування законодавства України щодо підстав дисциплінарної відповідальності адвокатів. Аналізуються актуальні проекти «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Аналізуються позитивні та негативні положення, які пропонуються у законопроектах. Розглядаються наукові точки зору з приводу дисциплінарної відповідальності адвокатів. З'ясовуються законодавчі прогалини пов'язані з підставами дисциплінарної відповідальності адвокатів. Наводяться пропозиції по вдосконаленню визначення підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

Ключові слова: *адвокат, реформування адвокатури, внесення змін* до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», *дисциплінарна відповідальність адвоката, підстави дисциплінарної відповідальності адвоката.*

30 вересня 2016 року набрали чинності Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» та нова редакція Закону України «Про судоустрій і статус суддів» основною метою яких є реформування судової системи.

Однак, положення, запроваджені цими законами, істотно вплинули також і на конституційний статус та завдання адвокатури, у зв'язку з чим, найближчим часом очікується суттєве оновлення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

На передодні таких змін, особливо гостро постає питання дослідження підстав дисциплінарної відповідальності адвоката, адже можливі законодавчі зміни можуть істотно вплинути на незалежність адвоката в процесі здійснення ним професійної діяльності.

Інститут відповідальності адвоката виконує подвійну функцію: попередження вчинення правопорушень і покарання недобросовісних представників професії [1; С. 14], проте, діюче законодавство України про адвокатуру в частині дисциплінарної відповідальності адвоката містить значні недоліки та законодавчі колізії, які виявилися в процесі застосування чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та прийнятих на його основі підзаконних актів [2; С. 75].

Про важливість дослідження теми також свідчить те, що одним з 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, диференціація видів санкцій, які можуть бути застосовані до адвоката (абз. 4 п.5.6 Стратегії) [3; С. 75].

Окремі аспекти дисциплінарної відповідальності адвокатів досліджувались в працях Н.М. Бакаянової, Т.Б. Вільчик, М.О. Женіної, Т.С. Коваленко, Д.В. Кухнюка, А.В. Меланчук, В.О. Святоцької, О.Д. Святоцького, Є.І. Фурси, С.Я. Фурси, О.Г. Яновської та інших вчених.

У випадках, коли адвокати не виконують свої професійні обов'язки, передбачені Кодексом поведінки або законодавством, відповідним міжнародним стандартам, таким як вірність інтересам клієнта, порядність, надання клієнтам допомоги всіма доступними засобами, підтримка гідності професії тощо, вони можуть бути притягнуті до справедливої дисциплінарної відповідальності із застосуванням домірних санкцій. Держава повинна гарантувати, що дисциплінарна відповідальність

адвокатів може наступати лише у разі вчинення таких дій, які є порушенням встановлених правил [4; С. 116].

На сьогоднішній день у Верховній Раді України зареєстровано п'ять законопроектів, які містять пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, це проекти законів України:

– «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо заходів правового захисту адвокатів № 1194 від 2 грудня 2014 р., народного депутата О.І. Осуховського та інших [5];

– «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування органів адвокатського самоврядування) № 1794 від 19 січня 2015 р., народного депутата І.О. Лапіна [6];

– «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) № 1794-1 від 4 лютого 2015 р., народного депутата О.В. Купрієнко та інших [7];

– «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 2270 від 2 березня 2015 р., народного депутата Д.В. Лубінця [8];

– «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо створення рівних можливостей для отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю та недопущення дискримінації особи за майновою ознакою № 5359 від 4 листопада 2016 р., народного депутата Р.М. Сольвара та інших [9].

Законопроекти № 1194 від 2 грудня 2014 р., № 1794 від 19 січня 2015 р. та № 5359 від 4 листопада 2016 р. залишили поза увагою визначення підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, на відміну від законопроекту № 1794-1 від 4 лютого 2015 р., яким пропонується додати як підставу для зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю – невиконання рішень органів адвокатського самоврядування, у тому числі щодо сплати щорічного внеску адвоката на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування, а також пропонується закріпити як підставу для припинення права на зайняття адвокатською діяльністю вчинення зазначених вище дій адвокатом, до якого застосовувалось дисциплінарне стягнення у вигляді зупинення права здійснювати адвокатську діяльність [7].

Також визначає підстави для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності ст. 45 законопроекту № 2270 від 2 березня 2015 р., яким пропонується викласти у новій редакції чинний Закон України «Про адвокатуру та адвокатуру діяльність» [8], проте такі підстави фактично дублюють положення чинного Закону.

Необхідно зазначити, що найбільшого обговорення в адвокатській спільноті набув офіційно ще не зареєстрований проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», розроблений Радою з питань судової реформи при Президенті України (надалі – «Законопроект»).

Законопроект містить норми, що визначають:

– коло осіб, які мають право звернутись зі скаргою на дії адвоката;

– умову преюдиційності для застосування певних видів дисциплінарних стягнень;

– механізм погашення та дострокового зняття дисциплінарних стягнень;

– чіткі вимоги до змісту скарги, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність адвоката;

– обставини, які виключають можливість дисциплінарного провадження щодо адвоката;

– підстави повернення скарги без розгляду;

– засади змагальності розгляду дисциплінарної справи щодо адвоката;

Проте, на жаль, вказаний Законопроект не містить визначення дисциплінарного проступку, вчинення якого є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, хоча ч. 2 ст. 34 Законопроекту містить загальний перелік випадків, які визнаються дисциплінарними проступками адвоката.

Експерти Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» у своїх коментарях до Законопроекту зазначили, що перелік дисциплінарних проступків створює різні потенційні проблеми щодо того, як вчиняти з ситуаціями, що залишилися за межами цього переліку. Якщо перелік вважається необхідним або корисним, він повинен бути ілюстративним, а не вичерпним [10].

Відповідно до Законопроекту пропонується виключити положення про порушення присяги адвоката України як однієї з підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, що регламентується п. 2 ч. 2 ст. 34 чинного Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність».

Варто зазначити, що ця пропозиція є цілком слушною, оскільки відповідна підстава притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є надто всеосяжною і може широко тлумачитись, таке положення надає надто великий спектр свободи розсуду дисциплінарних органів, що може негативно сказатись на незалежності адвоката.

Тим більше, дотримання присяги адвоката України включає і охоплює в себе обов'язки з дотримання Правил адвокатської етики, нерозголошення адвокатської таємниці та належне виконання своїх професійних обов'язків, порушення вищезазначених обов'язків вже регламентовані в пунктах 2–4 ч. 2 ст. 34 Законопроекту як підстави для дисциплінарної відповідальності, тобто виключення такої підстави для дисциплінарної відповідальності як порушення присяги адвоката

не допустить дублювання одних і тих самих підстав.

При цьому, на думку В.В. Заборовського, до поки в українському законодавстві будуть існувати норми, які дають змогу для загального і необмеженого застосування, а будь-яка неналежна поведінка адвоката може розглядатися як підстава до дисциплінарної відповідальності, то жодним чином мова не може йти про наявність дієвого механізму захисту адвоката, такий стан речей не забезпечить адекватний юридичний захист адвоката від можливого свавілля [11; С. 117].

Відповідно до Законопроекту до ч. 2 ст. 34 додається п. 5, в якому визначається така нова підстава для притягнення до дисциплінарної відповідальності адвоката, як «зловживання правами, наданими адвокату цим Законом або процесуальним законом» [12]. Варто зауважити, що категорія «зловживання правами» є надто оціночною та може суперечливо тлумачитись дисциплінарними органами під час виявлення підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

Експерти Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» також відмітили, що жоден вид дисциплінарного проступку не повинен містити розпливчасте формулювання, так як це призводить до різного тлумачення, і потенційно зловживання [10].

Ще одним із нововведень Законопроекту є доповнення ч. 2 ст. 34 пунктом 7, який закріплює як підставу для дисциплінарної відповідальності адвоката – несплату щорічного внеску адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування [12].

Відповідно до п. 6 ч. 4 ст. 55 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» Рада адвокатів України встановлює розмір і порядок сплати щорічних внесків адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування, займається питанням їх розподілу й використання (якщо з'їздом адвокатів прийнято рішення про необхідність сплати таких внесків та визначено напрями їх використання) [13].

Відповідне положення затверджене рішенням Ради адвокатів України від 16 лютого 2013 р. № 72, ним передбачено, що сплата щорічного внеску є професійним обов'язком кожного адвоката [14].

Варто зазначити, що доданий п. 7 ч. 4 ст. 34 Законопроекту охоплює за змістом п. 6 ч. 4 ст. 34 Законопроекту відповідно до якого невиконання рішень органів адвокатського самоврядування є підставою для дисциплінарної відповідальності, якщо вони є обов'язковими для адвоката, тобто знову відбувається дублювання положень.

Варте уваги також виключення із Законопроекту, як підстави для зупинення права на заняття адвокатською діяльністю – вчинення адвокатом систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики, передбачене п. 3 ч. 2 ст. 31 чинним Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [13]. Такі зміни є необхідними, адже ця підстава є ще одним оціночним та всеохоплюючим положенням, що може широко тлумачитись дисциплінарними органами не на користь адвоката.

Натомість вищезазначеної виключеної норми, Радою з питань судової реформи запропоновано в п. 3 ч. 2 ст. 31 Законопроекту як підставу для зупинення права на заняття адвокатською діяльністю – в разі «несплати щорічного внеску адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування після застосування за таку несплату іншого дисциплінарного стягнення» [12]. Проте, запровадження вищезазначеного положення є недоцільним, оскільки несплата вказаного внеску не може відноситись до підстав для дисциплінарної відповідальності адвоката через відсутність реальної шкоди будь-чиїм інтересам, крім фінансового забезпечення органів самоуправління адвокатури, адже суть порушення є фінансовою, а не дисциплінарною в тому розумінні дисциплінарного проступку, яке зазначене у ст. 34 Законопроекту [15].

Законопроектом також пропонується дещо змінити підставу накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю у разі вчинення «систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет адвокатури України» [13], виключивши частину положення «що підриває авторитет адвокатури України», яке регламентоване у п. 4 ч. 2 ст. 32 чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відповідна пропозиція є слушною, адже категорія «підриває авторитет адвокатури» є ще одним оціночним поняттям, виключення якого зменшить ризики негативного впливу дисциплінарних органів на адвоката при виборі підстави для притягнення до дисциплінарної відповідальності. Проте, залишена фраза «систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики» є також оціночною, тому це положення має бути виключене цілком.

Підстави для кожного виду дисциплінарної відповідальності повинні бути безумовними, самостійними, вони не повинні дублюватися і повторюватися. Тільки в такому разі буде забезпечений належний механізм дисциплінарної відповідальності адвоката, який буде відповідати Основним положенням ООН про роль адвокатів, зокрема п. 16, відповідно до якого уряд кожної країни повинен забезпечити адвокатам можливість виконувати всі свої професійні обов'язки без залякування, перешкод, неспокою і недоречного втручання [11; С. 117].

Проаналізувавши законопроект «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в аспекті змін, що стосуються підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, вважаємо за доцільне запропонувати таке:

– додати в Законопроект визначення поняття дисциплінарного проступку адвоката;

– уникати використання як підстави для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності оціночних, загальних понять необмеженого застосування;

– виключити такі підстави дисциплінарної відповідальності, як «зловживання правами», «систематичне або грубе одноразове порушення правил адвокатської етики», наявність яких може призвести до зловживання дисциплінарними органами своїми повноваженнями;

– не дублювати та не повторювати підстави для дисциплінарної відповідальності, які мають бути самостійними та безумовними.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Русанова О.І. Підстави притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності за чинним законодавством/ О.І. Русанова// Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2014. № 10-1. – Т. 2. – С. 14-16.
2. Кухнюк Д.В. Дисциплінарна відповідальність адвоката в Україні: проблеми правового регулювання / Д.В Кухнюк // Цивілістична процесуальна думка: Збірник наукових статей / За заг. ред. С.Я. Фурси–К., 2016. – С. 75-79.
3. 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.
4. Вільчик Т. Б. Дисциплінарна та цивільно-правова відповідальність адвокатів/ Т. Б. Вільчик // Інформація і право. – 2015. – № 3. – С. 115-122.
5. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо заходів правового захисту адвокатів № 1194 від 02 грудня 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52633.
6. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування органів адвокатського самоврядування) № 1794 від 19 січня 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53631.
7. Проект Закону України «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) № 1794-1 від 4 лютого 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53817.
8. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 2270 від 2 березня 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54233.
9. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо створення рівних можливостей для отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю та недопущення дискримінації особи за майновою ознакою № 5359 від 4 листопада 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60423.
10. Коментарі до проекту Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», розробленого Радою з питань судової реформи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.justicereformukraine.eu/wp-content/uploads/2014/09/Law-Bar-Comments-EUProjectTeam_22April2016_%D1%83%D0%BA%D1%80__.pdf.
11. Заборовський В.В. Дисциплінарний проступок як підстава дисциплінарної відповідальності / В.В. Заборовський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – 2015. – Вип. 31. – Т. 3. – С. 116-118.
12. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://jrc.org.ua/upload/steps/bdc5610fac7309ca8aab48f0c1a531de.pdf.
13. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076- VI// Офіційний вісник України. – 2012. – № 62. – 17 с.
14. Положення про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування (нова редакція) від 16 лютого 2013 р: Рішенням РАУ № 72 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.
15. Порівняльна таблиця до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unba.org.ua/assets/uploads/news/advocatura/2016-03-31.tablytsia.pdf.

Кухнюк Дмитрий Владимирович, Репная Марина Анатольевна

ОСНОВАНИЯ ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ АДВОКАТА В ПРОЕКТАХ ЗАКОНОВ «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ЗАКОН УКРАИНЫ «ОБ АДВОКАТУРЕ И АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»

В статье исследуются вопросы реформирования законодательства Украины в аспекте оснований дисциплинарной ответственности адвокатов. Анализируются актуальные проекты «О внесении изменений в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности». Авторами анализируются позитивные и негативные положения, которые внедряются соответствующими законопроектами. Рассматриваются научные точки зрения по поводу дисциплинарной ответственности адвокатов. Выясняются законодательные пробелы, связанные с основаниями дисциплинар-

ной ответственности адвокатов. Приводятся предложения авторов по поводу оснований привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности.

Ключевые слова: *адвокат, реформирование адвокатуры, внесение изменений в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», дисциплинарная ответственность адвоката, основания дисциплинарной ответственности адвоката.*

Kukhniuk Dmytro, Ripna Maryna

GROUNDS OF ADVOCATE'S DISCIPLINARY LIABILITY IN THE DRAFT LAWS «ON THE BAR AND PRACTICE OF LAW»

The legislation reform of Ukraine in terms of grounds of disciplinary liability of advocates are discovered in the article. The analysis of the draft Laws «On the Bar and practice of law» is provided. The authors analyzes the positive and the negative provisions of the implemented draft laws. Authors consider the scientific opinions concerning disciplinary liability. The legal gaps of the grounds disciplinary liability are revealed. The authors` suggestions regarding the grounds of the disciplinary liability of advocate.

Keywords: *advocate, the Bar reform, amendments to the Law «On the Bar and practice of law», disciplinary liability of advocate, grounds of disciplinary liability of advocate.*

Захарченко Марійка Олександрівна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 343.121

АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

У статті висвітлюються проблемні питання надання адвокатом безоплатної вторинної правової допомоги. Автором досліджуються основні проблеми реалізації права на безоплатну правову допомогу в Україні. Окрема увага приділена зміні термінів «правова допомога» на «професійна правнича допомога».

Ключові слова: *адвокат, правова допомога, професійна правнича допомога, безоплатна вторинна допомога, право на захист.*

Постановка проблеми. Основним обов'язком держави є забезпечення дотримання прав і свобод людини та громадянина. Досить важливу роль у забезпеченні реалізації, захисту та охорони прав і свобод людини та громадянина в Україні відведено праву особи на правову допомогу. Право на безоплатну правову допомогу – це невід'ємне конституційне право кожної людини, котре гарантується та покладається на державу. Однак, реалізація такого права в Україні розпочалась тільки з недавнього часу, оскільки було відсутнє законодавче врегулювання надання правової допомоги за кошти держави.

Аналіз наукових публікацій. Даній темі приділяли увагу такі науковці: С.В. Гончаренко, О.Г. Яновська, С.Я. Фурса, Є.Ю. Бова, А.Я. Дубинський, А.М. Бежевець та інші.

Метою статті є аналіз проблемних питань, пов'язаних з наданням адвокатом вторинної безоплатної допомоги, а також аналіз змін правового регулювання у сфері безоплатної правової допомоги у зв'язку із запровадженням судової реформи в Україні.

Виклад основного матеріалу. Безоплатна правова допомога у різних державах світу має досить давню історію. В науковій літературі можна знайти історичні відомості про забезпечення правовою допомогою вразливих прошарків населення, котрі не можуть самостійно захистити своє право і потребують професійного захисту. Забезпечення права на безоплатну правову допомогу існувало завжди та скрізь, де і коли існує право, незалежно від епохи, держави та цивілізаційної належності того чи іншого суспільства [1, с. 12].

Досить тривалий час реалізація права на безоплатну правову допомогу в Україні була неможливою через відсутність реального права на одержання допомоги тим особам, котрі в силу деяких причин не мали можливості звернутись за нею до адвоката. Також не було врегульовано це питання на законодавчому рівні, хоча відповідно до Конституції України та міжнародно-правових зобов'язань держава повинна була гарантувати право на безоплатну правову допомогу.

Ситуація з наданням безоплатної правової допомоги була досить невтішною, що призводило до прийняття численних рішень Європейського суду з прав людини проти України (далі – ЄСПЛ) щодо порушення положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у частині права на захист, права на справедливий суд та права на безоплатну правову допомогу. Прикладом можна взяти рішення ЄСПЛ, в яких Суд звертає увагу на порушення права на правову допомогу: справа «Балицький проти України»[2], справа «Нечипорук та Йонкало проти України»[3], справа «Бортник проти України»[4] та інші рішення ЄСПЛ.

2 червня 2011 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про безоплатну правову допомогу» (далі – Закон)[5], який набув чинності 9 липня 2011 року. Це був значний прогрес держави у запровадженні права на захист на такій основі для тих осіб, які самостійно не могли мати доступ до адвокатів. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 року також в ст. 25 визначає, що адвокати є суб'єктами надання безоплатної правової допомоги[6].

Відповідно до чинного законодавства безоплатна правова допомога поділяється на два види: первинна та вторинна. Щодо первинної допомоги – це вид державної гарантії, що полягає в інформуванні особи про її права і свободи, порядок їх реалізації, відновлення у випадку їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Вона включає такі види правових послуг, як забезпечення доступу до правової інформації, надання консультацій і роз'яснень з правових питань, складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру), надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації. Суб'єктами права на первинну безоплатну правову допомогу є всі особи, що перебувають під юрисдикцією України, а суб'єктами її надання є органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи приватного права, а також спеціалізовані установи.

Щодо права на вторинну допомогу – це вид державної гарантії, що полягає у створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя. Вона включає такі види правових послуг, як захист, здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на вторинну БПД, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами та складення документів процесуального характеру.

Перелік суб'єктів, котрі наділені правом скористатись безоплатною вторинною правовою допомогою є визначеним. Оскільки в Законі перелік суб'єктів є досить широким, то в науковій літературі можна зустріти таку класифікацію суб'єктів права на вторинну допомогу: неплатоспроможні громадяни; особи, котрі володіють пільгами; особи, котрі належать до тих категорій, для яких законами вже закріплено право на безоплатну правову допомогу [7, с.32].

Суб'єктами надання вторинної безоплатної правової допомоги в Україні є центри з надання вторинної безоплатної правової допомоги, які є регіональними відділеннями Координаційного центру з надання правової допомоги, та адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають вторинну безоплатну правову допомогу. Науковці, зокрема С.В. Гончаренко зазначає, що віднесення до суб'єктів надання безоплатної вторинної правової допомоги – центрів з її надання викликає деякі заперечення, оскільки їх роль полягає лише в організації такої допомоги. Саме на це вказується у п. 4 ст. 16 і ст. 17 Закону, де сформульовано повноваження центрів – приймати рішення про надання або відмову у наданні безоплатної вторинної правової допомоги, забезпечувати складення процесуальних документів, забезпечувати участь захисника, забезпечувати здійснення представництва укладати контракти та договори з адвокатами, видавати доручення для підтвердження повноважень захисника, приймати рішення про заміну адвоката тощо[1]. Повноваження, котрі наданні центрам фактично нівелюють інститут адвокатури із забезпечення права на захист та надання правової допомоги, порушують її цілісність та частково підпорядковують їх державним органам. З цим твердженням потрібно погодитись, оскільки центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги швидше виконують організаційно-розпорядчі функції, для забезпечення процесу права на захист, але аж ніяк не виконують функцію захисту особи.

Управління системою надання безоплатної правової допомоги та її фінансування законом покладено на державу в особі Кабінету Міністрів України та Міністерства юстиції України. Це положення викликало досить багато дискусій як серед науковців, так і серед практикуючих адвокатів, адже адвокатура є незалежним інститутом і ніякого впливу з боку державних органів влади бути не може. Із цим твердженням не можливо не погодитись, але правові реалії сьогодення є дещо іншими. Інститут адвокатури є невід'ємною частиною правової системи України і абсолютно незалежним та самостійним не може бути.

При ратифікації Європейської конвенції з прав людини Україна як держава взяла на себе зобов'язання забезпечити надання безоплатної правової допомоги. Зрозуміло, що якимсь чином державі потрібно було сформувати систему безоплатної правової допомоги, адже це позитивний обов'язок держави, який був покладений на неї і внутрішнім, і міжнародним законодавством. Відповідно до Принципів та керівних настанов щодо доступу до правової допомоги у системі кримінального правосуддя, прийнятих 20 грудня 2012 року Генасамблеєю ООН, саме «держави повинні розглядати надання правової допомоги як свій обов'язок і відповідальність», оскільки це вважається захистом конституційних прав[8].

Звичайно, потрібно погодитись з тим, що втручання держави може бути правомірним тільки тоді, коли дотримано ряд вимог. Наприклад, для забезпечення ефективності та якості безоплатної правової допомоги; втручання є мінімальним, тобто з дотриманням принципу пропорційності. Якщо такі вимоги порушуються, то так, беззаперечно можна сказати, що у такому випадку держава обмежує незалежність адвокатури та порушує законодавчо встановлені принципи адвокатської діяльності.

Ще однією проблемою Закону є те, що він не містить норми про вільний вибір особою

захисника, що прямо суперечить ст. 59 Конституції України, в якій зазначається, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав [9]. Також це суперечить п. «с» ч.3 ст.6 ЄКПЛ [10]. За особу, котра потребує захисту своїх порушених прав та інтересів, захисника обирає центр безоплатної правової допомоги. Таким чином, особу, яка звертається за безоплатною правовою допомогою фактично позбавляють права на вільний вибір захисника. Тобто особи, які мають фінансові ресурси, мають можливість вільно обрати собі адвоката за своїм вибором, тоді як ті, хто таких ресурсів не має, не мають вибору та змушені погодитись на адвоката, який їм на свій вибір надаватиме центр безоплатної правової допомоги. Також ні Регіональні центри БВПД, ані адвокатські Регіональні комісії з оцінювання якості, повноти і своєчасності безоплатної правової допомоги, яку надають адвокати (далі – комісії з якості) не вповноважені заміняти адвоката, який не виконує своїх зобов'язань перед клієнтом, навіть за наявності відповідного клопотання підозрюваного чи обвинуваченого.

Чинне законодавство не конкретизує, надається правова допомога протягом усього провадження чи ні. Тлумачення деяких положень дає змогу дійти висновку, що правова допомога надається тільки доти, доки особа має на неї право. Якщо адвоката було призначено за запитом у провадженні, яке передбачає обов'язкову участь захисника, зрозуміло, що адвокат надається на все провадження. Однак якщо адвоката призначено особі, яка перебуває під вартою, а потім звільняється з-під варти, то яким чином правова допомога надаватиметься далі – не зрозуміло.

Під час чергового засідання, яке відбулося 04.02.2016 р., Рада адвокатів України прийняла низку рішень, що сколихнули адвокатську спільноту. Зокрема, рішення про неможливість укладання платного договору з клієнтом адвокатом, який надавав правову допомогу у цій самій справі від Центру БПД. На думку більшості практикуючих адвокатів, укладання платного договору з клієнтом таким адвокатом розцінюється як обмеження громадянина на вільний вибір захисника, оскільки цього адвоката громадянину надала держава в особі Центру БПД. Таким чином, адвокати, які розраховували на конкурентні переваги отримати через центри БПД клієнтів, які в майбутньому укладуть з ними платні договори, такі переваги втрачають. Положення даного рішення пропонують внести до Правил адвокатської етики, а порушення положення буде розцінюватись як дисциплінарний проступок. Проте, таке положення є нікчемним з правової позиції та не може мати жодних юридичних наслідків. Таке рішення, насамперед, суперечитиме ст. 59 Конституції України, згідно з якою кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, а також п. 3 ч. 1 ст. 3 Цивільного кодексу України, який встановлює свободу договору.

Також воно суперечитиме ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яка містить вичерпний перелік випадків, коли адвокату забороняється укладати договір про надання правової допомоги. Випадку, коли раніше адвокатом цьому ж клієнтові надавалася безоплатна вторинна правова допомога, звісно, серед них немає.

У зв'язку із початком судової реформи в Україні було внесені докорінні зміни, що стосуються сфери адвокатської діяльності, а саме запровадження адвокатської монополії, в ч. 1 ст. 59 Конституції України було замінено слово «правову» на «професійну правничу» допомогу, а ч. 2 ст. 59 взагалі виключити, додавши Конституцію України ст.131-2. Звичайно, професійна правнича допомога виступає одним з найважливіших елементів забезпечення права на захист особи, проте її сутність та законодавче визначення до цих пір не закріплено у багатьох нормативно-правових актах, зокрема і в Законі України «Про безоплатну правову допомогу».

Щодо того, чому саме відбулась така заміна термінів з «правової допомоги» на «професійну правничу допомогу» у Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» вказується на те, що це обумовлено стандартами української мови, які визначають, що прикметник, застосовуваний для позначення відповідного виду допомоги, походить від іменника, що позначає саму професію особи, яка надає таку допомогу [11]. Також були присутні посилання щодо обґрунтування терміну «правнича» на проміжний висновок Венеціанської комісії [12].

Для чого саме відбулась така зміна термінів не відомо і до тепер, хоча потребує уваги окрема думка судді Конституційного Суду України Гультая М.М. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України вказується на те, що виключення у ст. 59 Конституції України частини другої не компенсується встановленням функцій адвокатури щодо здійснення представництва в суді та захисту від кримінального обвинувачення, оскільки пропоноване доповнення Основного Закону України статтею 131-2 не є правовою гарантією права кожного на правову допомогу та може призвести до звуження змісту вказаного конституційного права[14].

Отже, передбачене Законопроектом виключення частини другої у статті 59 Конституції України може створити передумови для звуження змісту конституційного права на правову допомогу та права кожного на професійний захист адвокатом від обвинувачення.

Тому, ще однією проблемою, яка може постати перед законодавцем та правозастувачем – це внесення змін до низки нормативно-правових актів, які довгий час містили у собі термін «правова допомога». Закон України «Про безоплатну правову допомогу» містить у собі приблизно 200 термінів «правова

допомога». Уже декілька місяців минуло з моменту входження Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»[15] в свою законну силу, проте зміни до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» ще не вносились, ігноруючи норму, яка прямо зазначає, що жоден законодавчий акт не має суперечити Конституції України. Тобто законодавче закріплення інституту професійної правничої допомоги існує вже тривалий час, а адвокати, котрі входять до системи безоплатної правової допомоги ще до цих пір надають правову допомогу.

Висновки. Отже, Закон України «Про безоплатну правову допомогу» був поштовхом до прогресивних змін у побудові демократичної держави. Проте ряд проблемних запитань, нівелюють спроби забезпечити осіб правом на захист та правову допомогу. 8 грудня 2016 року Міністерство юстиції України анонсувало, що реформа адвокатури розпочнеться з 2017 року, шляхом дерегуляції та аудиту тисячі нормативно-правових актів, зокрема і тих, котрі стосуються адвокатської діяльності та сфери безоплатної правової допомоги. Надіємось, що це призведе до нагального вирішення тих проблемних питань, котрі виникають на сьогоднішній день.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Гончаренко С.В. Проблеми надання безоплатної правової допомоги. Короткий огляд новітніх тенденцій / С.В. Гончаренко // Адвокат. – 2011. – № 11 (134). – С.12 – 16.
2. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Balitskiy v. Ukraine» від 03.11.2011 р. [Електронний ресурс] Європейський суд з прав людини – Режим доступу до ресурсу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«\»CASE OF BALITSKIY v. UKRAINE\»»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-107185»]}.
3. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine» від 21.04.2011 р. [Електронний ресурс] Європейський суд з прав людини – Режим доступу до ресурсу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«nechiporuk»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-104613»]}.
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Bortnik v. Ukraine» від 27.01.2011 р. [Електронний ресурс] Європейський суд з прав людини – Режим доступу до ресурсу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«bortnik»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-103086»]}.
5. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada. gov.ua/laws/show/про%20безоплатну%20 правову%20допомогу.
6. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// http://zakon2.rada.gov.ua/lawsshow/про%20адвокатуру%20та%20адвокатську%20діяльність.
7. Форманюк В.І. Надання безоплатної вторинної правової допомоги в Україні / В.І. Форманюк // Наук.вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – 2014. – №29. – С. 32–34.
8. Принципи керівних постанов щодо доступу до правової допомоги у системі ООН від 20.12 2012 р. [Електроний ресурс]. – Режим доступу: http://old.minjust.gov.ua/42613.
9. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К.: Преса України, 2009. – 80 с.
10. Європейська конвенція з прав людини (Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 року) // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій. – Амстердам. – Київ, 1996. – С.12-17.
11. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 26.01.2016 р. [Електроний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209.
12. Висновок Венеціанської комісії щодо змін до Конституції в частині правосуддя від 26.10.2015 р. [Електроний ресурс]. – Режим доступу: http://www.slideshare.net/askreform/ss-54464174?ref=http://constitution.gov.ua/news/item/id/1061.
13. Окрема думка судді Конституційного Суду України Гультая М.М. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України / [Електроний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ni01d710-16.
14. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19.

Захарченко Марийка Александровна

АДВОКАТ КАК СУБЪЕКТ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ БЕСПЛАТНОЙ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ

В статье освещаются проблемные вопросы предоставления адвокатом бесплатной вторичной правовой помощи. Автором исследуются основные проблемы реализации права на бесплатную правовую помощь в Украине. Особое внимание уделено изменению терминов «правовая помощь» на «профессиональная юридическая помощь».

Ключевые слова: *адвокат, правовая помощь, профессиональная юридическая помощь, бесплатная вторичная помощь, право на защиту.*

Mariika Zakharchenko

ADVOCATE AS A SUBJECT OF A FREE LEGAL ASSISTANCE

The article investigates the problematic issues of a free legal assistance. The author analyzes the main problems of realization free legal assistance in Ukraine. Particular attention is paid to changes in the terms «legal assistance» to «professional legal assistance».

Keywords: *advocate, legal assistance, professional legal assistance, free secondary legal assistance, the right to protection.*

Кодола Богдана Сергіївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.965

ПОРУШЕННЯ ПРАВ АДВОКАТІВ ПРИ ОБШУКАХ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

В статті піднімається актуальна проблема порушення прав адвокатів при проведенні обшуків правоохоронними органами. Європейський суд з прав людини виступає гарантом від неправомірного втручання в адвокатську таємницю і в своїх рішення визначає межі допустимості і законності здійснення обшуку адвокатів.

Ключові слова: *адвокат, Європейський суд з прав людини, права, обшук, правоохоронні органи.*

Адвокатська таємниця є професійною гарантією адвокатської діяльності, в той же час зберігання адвокатської таємниці є обов'язком адвоката.

Згідно статті 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності. [1]

Непоодинокими є випадки порушення адвокатської таємниці з боку органів державної влади, яка здійснюється, зокрема, шляхом обшуку офісу або житла адвоката, часто без достатніх на те фактичних та правових підстав.

Актуальність даної теми обумовлена існуючою на сьогодні в Україні тотальною практикою проведення обшуків у адвокатів через справи, що стосуються їхніх клієнтів. Зокрема, найчастіше такі обшуки здійснюються новостворе-ним Національним антикорупційним бюро України.

Метою даної статті є дослідження практики Європейського суду з прав людини щодо незаконних обшуків адвокатів та порушення їх професійної таємниці.

В Україні почастішали порушення прав адвокатів, зокрема, шляхом проведення незаконних обшуків.

Як свідчить статистика, надана Радою адвокатів Київської області, в 2013 році було здійснено виїзди на 2 обшуки. В 2014 році було здійснено 7 виїздів. З них 5 на обшуки приміщень адвокатів, 2 виїзди – не допуск адвоката до проведення обшуку у клієнта. В 2015 році було здійснено 14 виїздів. З них 8 на обшуки приміщень адвокатів, 6 виїздів – не допуск адвоката до проведення обшуку у клієнта [2].

Станом на 01 листопада 2016 року, в 2016 році було здійснено 34 виїзди. З них 24 на обшуки приміщень адвокатів, 7 виїздів – не допуск адвоката до проведення обшуку у клієнта, 2 виїзди – участь в судовому розгляді кримінальних справ в м. Одеса. [2]

В діях правоохоронних органів має місце проведення слідчих дій в приміщеннях адвокатів без завчасного повідомлення представників Ради адвокатів, а також за відсутності представника Ради, не допуск адвоката та представників Ради до проведення обшуку, проведення обшуків службовими особами правоохоронних органів, які не зазначені в ухвалі суду та не уповноважені на проведення процесуальних дій.

Європейський суд з прав людини (далі – «ЄСПЛ») є судом, що гарантує непорушність прав та свобод людини і громадянина та виконання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Обов'язковість виконання рішень ЄСПЛ передбачається ст. 46 Конвенції про захист прав і основних свобод людини (далі – «Конвенція»). [3]

Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», рішення Європейського суду з прав людини є обов'язковим для виконання Україною

відповідно до статті 46 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини. [4]

Конвенція не містить окремої норми про права адвокатів, гарантовані нею права і свободи мають загальнолюдський характер. Однак прецедентна практика ЄСПЛ в тлумаченні нею застосування деяких норм Конвенції (ст.ст. 6, 8, 10, 11) та передбачених ними прав, забезпечує режим посиленого захисту тих прав адвокатів, які в національному законодавстві України умовно іменуються професійними правами адвоката й гарантіями адвокатської діяльності. [5, с. 27]

Одним з таких прав є право на повагу до приватного і сімейного життя, передбачене ст. 8 Конвенції. [3]

Питання порушення права на повагу до житла, гарантованого п.1 ст.8 Конвенції, шляхом здійснення обшуку офісу та житлових приміщень адвоката і вилучення документів ЄСПЛ вирішено, в тому числі в рішеннях «Бак проти Німеччини», «Німітц проти Німеччини», «Головань проти України».

Зокрема, ЄСПЛ в рішенні «Бак проти Німеччини», встановив, що поняття «житло» у пункті 1 ст. 8 Конвенції з прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) охоплює не лише приватне житло особи. Він наголошує, що слово domicile у французькій версії ст. 8 Конвенції має ширшу конотацію, ніж слово «житло», і може поширюватися, наприклад, на приміщення, в якому особа займається професійною діяльністю. В тому числі, ст. 8 Конвенції поширюється і на офіс адвоката [6].

Однією з найактуальніших проблем є межі втручання органів державної влади в приватне життя адвокатів.

Межі втручання було визначено ЄСПЛ в показовій справі «Німітс проти Німеччини» від 16 грудня 1992 року.

До ЄСПЛ звернувся громадянин Німеччини, який був адвокатом, а також головою місцевої політичної партії, зі скаргою про проведення в його офісі незаконного обшуку. Місцевий суд першої інстанції визнав скаргу громадянина Німітса недопустимою, на тій основі, що обшук вже був проведений і відсутній правовий інтерес в визнання ордера на обшук незаконним [7].

ЄСПЛ прийшов до висновку, що мало місце втручання в приватне життя громадянина Німітса, оскільки поняття «приватного життя» не обмежується інтимним життям особи, а включає також діяльність професійного і ділового характеру.

Більше того поняття «житло» (фр. – domicile) включає в себе не тільки будинок/квартиру, де проживає особа, а і поширюється на місце роботи, зокрема, адвокатський офіс [7].

Відповідно до цього рішення обшук в офісі адвоката, результатом якого стало ознайомлення третіх осіб з адвокатськими провадженнями та іншими професійними відомостями, не тільки порушує ст. 8 Конвенції, а й створює загрозу для реалізації принципів справедливого суду, включаючи право на захист.

Показовим також є рішення ЄСПЛ в справі «Ромен і Шміт проти Люксембургу». Так, відповідно до тексту даного рішення, ЄСПЛ встановив, що при здійсненні обшуку офісу адвоката з метою викриття джерел інформації його клієнта – журналіста було не лише порушено право адвоката на приватне життя в розумінні ст. 8 Конвенції, але й право, гарантоване ст. 10 Конвенції (свобода вираження поглядів), щодо його клієнта. Окрім того, в даному рішенні суд вказав, що постанова про проведення обшуку була сформульована з використанням загальних понять, а тому надавала широких повноважень особам, котрі проводили обшук. Зазначене формулювання червоною ниткою проходить через всі рішення ЄСПЛ щодо здійснення обшуку приміщень адвокатів та є головною підставою для визнання порушеним право адвоката, гарантоване ст. 8 Конвенції [8].

ЄСПЛ визначив порушення права адвоката на повагу до приватного і сімейного життя і Україною, зокрема, в рішенні по справі Головань проти України від 5 липня 2012 року [9].

5 травня 2005 року в приміщенні, яке належить на праві приватної власності подружжю, заявнику та заявниці, та яке заявник використовував для здійснення адвокатської діяльності, на підставі постанови слідчого співробітниками податкової міліції Слов'янської ОДПІ було проведено обшук та вилучено документи, пов'язані з виконанням заявником доручення клієнта – компанії К. Вказана постанова слідчого не містила обставин, що допускають проведення обшуку без санкції суду. [9]

6 та 11 травня 2005 року заявники звертались зі скаргами до органів прокуратури на незаконність проведення обшуку та вимагали притягнути до кримінальної відповідальності осіб, що проводили обшук. [9]

У різні дати 2005 року, 2006 року, 2007 року, 2008 року, 2009 року, 2010 року та 2011 року органами прокуратурами були прийняті рішення про відмову в порушенні кримінальної справи проти слідчого та співробітників податкової міліції, які проводили обшук. Всі ці рішення були скасовані як необґрунтовані прокуратурою або судом. [9]

До ЄСПЛ заявники скаржились за ст. 8 Конвенції на незаконний обшук та за ст.13 – на відсутність ефективного засобу юридичного захисту стосовно цього. [9]

ЄСПЛ в рішенні по цій справі констатував, що цілковита законна заборона, призначена для захисту недоторканності професії адвоката, не могла постійно застосовуватись без впровадження подальших обов'язкових правових норм, що регулюють правомірне втручання у захищені законодавством матеріали.

Отже, наявний статус національного законодавства надав органам влади повну свободу дій у визначенні того, як розділ 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» повинен відповідати Кримінальному процесуальному кодексу та іншим законодавчим положенням у кожному окремому випадку.

ЄСПЛ також звернув увагу, що національне законодавство не вимагає спеціальної кваліфікації для понятих при обшуці адвоката. [9]

Зовсім нещодавнім прецедентом стало рішення ЄСПЛ в справі Сервуло та Партнерів – Адвокатської контори, RL та інших проти Португалії. [10]

Заявником була Адвокатська контора, офіс якої знаходився в м. Лісабон. Звернення заявників полягало в тому: в серпні 2016 року Центральне бюро розслідувань і кримінальних переслідувань Португалії («Departamento central de investigação e ação penal) (далі – «Центральне бюро»), порушило кримінальне провадження по відношенню до деяких громадян Португалії та Німеччини за підозрою в корупції. [10]

24 вересня 2009 року Центральне бюро направило слідчому судді клопотання з вимогою провести обшук в трьох адвокатських бюро, а також вилучити документи, що мають відношення до розслідування. [10]

25 і 29 вересня 2009 року слідчий суддя видав два ордери на проведення обшуків в офісах компанії-заявника. Ордери санкціонували доступ до всіх офісів і передбачали можливість вилучати будь-які документи, предмети та інші елементи, в тому числі на електронних носіях, пов'язані з провадженням. [10]

29 вересня 2009 року в офісах компанії-заявника були проведені обшуки під контролем слідчого судді та заявника, а також представників Ордену Адвокатів. [10]

Після проведення обшуку Бюро розслідувань було вилучено: 14 коробок і папок з документами, які містили адвокатську таємницю, комп'ютерні файли і електронні листи, записані на чотирьох дисках, внутрішній жорсткий диск, що містив архіви, жорсткий диск ноутбука персонального використання адвоката. [10]

Заявниками було направлено апеляційну скаргу на дії Бюро розслідувань, проте її було відхилено на підставі того, що втручання в професійну таємницю було пропорційним поставленій меті. Конституційний суд Португалії також визнав скаргу неприйнятною. [10]

4 червня 2012 року Бюро розслідувань винесло постанову про закриття кримінального провадження у відношенні до адвоката адвокатської контори «Сервуло та партнери», оскільки матеріали справи не дозволяли інкримінувати йому те, в чому він підозрювався. [10]

Заявники в ЄСПЛ скаржились на порушення ст. 8 Конвенції у вигляді проведення обшуку та вилучення комп'ютерних даних і електронних повідомлень із комп'ютерної системи в офісах. [10]

ЄСПЛ дійшов до висновку, що таке втручання порушує ст. 8 Конвенції, якщо воно не «передбачено законом», не переслідує одну або декілька законних цілей і не являється необхідним в демократичному суспільстві. [10]

ЄСПЛ визнав, що втручання було передбачене законом Португалії, оскільки процесуальним кодексом передбачено обшук та вилучення кореспонденції. [10]

Також було визнано, що Бюро розслідувань переслідувало законну ціль, а саме – відвернення злочину, що ордери на обшук та вилучення документів містили перелік документів, які необхідно вилучити, а саме тому ст.8 Конвенції порушена не була. [10]

Відтак, ключовим аспектом справи стало визначення того, чи було таке втручання «необхідним у демократичному суспільстві». Зокрема, чи не вийшли слідчі за межі наданих їм ордерів. Суд зауважив, що хоча слідчі не мали необмежених повноважень, дослідження комп'ютерної системи досліджувалося на підставі 35 ключових слів, які стосувалися справи, зокрема і загальних понять, тобто таких, котрі могли відкрити доступ і до матеріалів, що не стосувалися справи. Такі дії вчинялися в умовах, коли заборонена виїмка документів, захищених професійною таємницею адвокатів. Відповідні правила передбачені Статутом Ордена адвокатів. Ним, зокрема, встановлено, що обшук у адвокатів здійснюється у присутності самого адвоката, а також у присутності представника Ордена адвокатів. Такі дії вчинялися під контролем слідчого судді; було передбачено і використано процедуру оскарження дій до голови апеляційного суду. [10]

Суд визнав такі гарантії при обшуці адвокатів достатніми:

1) при обшуці повинен бути присутнім сам адвокат, якому вручено повідомлення про підозру;

2) потрібна присутність представника Ордену адвокатів (для інших країн – представник органу адвокатського самоврядування);

3) слідчий суддя повинен особисто контролювати проведення обшуків і виїмок. Він є першою особою, яка знайомиться зі змістом кореспонденції. Крім того, він пов'язаний професійною таємницею стосовно будь-якої інформації, що не стосується розслідування;

4) відповідний адвокат може подати скаргу до Апеляційного суду;

5) в разі оскарження, вилучені елементи повинні бути опечатані, без ознайомлення з ними;

6) по закінченню обшуку повинен складатися протокол, в якому зазначаються дані присутніх осіб, також як і будь-яка подія, що сталася під час проведення обшуку;

7) слідчий суддя повинен винести постанову про видалення всіх відомостей особистого характеру, що порушують професійну таємницю або не стосуються осіб, яким були пред'явлені обвинувачення в рамках розслідування.

Отже, викладене Європейським судом з прав людини ratio decidendi в рішенні «Сервуло та інші проти Португалії» визначає в яких випадках обшук адвоката може бути допустимим і таким, що відповідає закону.

Висновки ЄСПЛ щодо прозорості процедури обшуку адвокатів мають бути обов'язково імплементовані в українське законодавство, для того щоб не допустити порушення їх прав та гарантій їх діяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI. Електронний режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5076-17.
2. Статистика Ради адвокатів Київської області. Електронний режим доступу: http://radako.com.ua/news/zahist-prav-advokativ-v-kiyivskiy-oblasti-analiz-statistichnih-danih.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Міжнародний документ від 04 листопада 1950 року. Електронний режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
4. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV. Електронний режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.
5. Іванцова А.В. Міжнародно – правовий захист прав адвокатів./ А.В. Іванцова // Адвокат. – 2011, – №12 (135), – с. 27-29.
6. Бак проти Німеччини. Офіційний текст. Електронний режим доступу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«41604/98»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-68920»]}.
7. Німітс проти Німеччини. Офіційний текст. Електронний режим доступу:http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«13710/88»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-57887»]}.
8. Ромен і Шміт проти Люксембургу (CASE OF ROEMEN AND SCHMIT v. LUXEMBOURG) від 25 лютого 2003 року. Офіційний текст. Електронний режим доступу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«51772/99»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-60958»]}.
9. Головань проти України. Офіційний текст. Електронний режим доступу:http://hudoc.echr.coe.int/engcomold#{«fulltext»:[«golovan»],»itemid»:[«003-3523792-3976246»]}.
10. Сервуло та інші проти Португалії. Офіційний текст. Електронний режим доступу: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«fulltext»:[«27013/10»],»documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-157284].

Кодола Богдана

НАРУШЕНИЕ ПРАВ АДВОКАТОВ ПРИ ОБЫСКЕ В РЕШЕНИЯХ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

В статье поднимается актуальная проблема нарушения прав адвокатов при осуществлении обысков правоохранительными органами. Европейский суд по правам человека выступает гарантом от неправомерного вмешательства в адвокатскую тайну и у своих решениях определяет границы возможного осуществления обыска адвокатов.

Ключевые слова: *адвокат, Европейский суд по правам человека, права, обыск, правоохранительные органы.*

Kodola Bogdana

VIOLATION OF LAWYERS RIGHTS DURING THE SEARCH IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article rises actual problem of violation of lawyer's rights at carrying out searches by law enforcement. European Court of Human Rights is the guarantor of undue interference in lawyers' secrecy in their decision defines the limits of acceptability with search of lawyers.

Keywords: *advocate, European Court of Human Rights, law, search warrant, law enforcement.*

Коломієць Анастасія Володимирівна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.965.41

АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН: КОМПЛЕКС ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ

У роботі розглянуто питання проблемних аспектів участі адвоката у цивільному процесі України. На підставі аналізу наукової літератури та законодавства України визначено специфіку цивільного процесуального статусу адвоката як представника у цивільній справі. Робиться висновок, що адвокат у цивільному судочинстві займає самостійне процесуальне становище, яке характеризується ознаками відносної самостійності.

Ключові слова*: адвокат, представник, цивільний процесуальний статус, цивільні процесуальні права, цивільні процесуальні обов'язки.*

Постановка проблеми. Повне забезпечення прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб є невід'ємною складовою демократичного суспільства, характерною ознакою правової держави. Засоби такого забезпечення є різноманітними, проте головною є можливість особи самостійно або за допомогою фахівців захистити себе, забезпечити собі відчуття безпеки, захищеності з правової позиції.

Істотні зміни, які відбулися з початку 90-х років, а також конституційно-правове закріплення основ нової демократичної країни зумовили необхідність докорінного перегляду правового статусу осіб, які можуть здійснювати представництво інтересів осіб.

Аналіз досліджень і публікацій. Проблема визначення правого статусу адвоката в цивільному судочинстві була предметом досліджень низки науковців. Серед учених, які досліджували окремі аспекти цієї проблеми, доцільно виокремити праці Фурси С.Я., Фурси Є.І., Тертишнікова В.І., Васильєва С.В. та інших.

Метою статті є аналіз специфіки цивільного процесуального статусу адвоката у цивільних правовідносинах.

Виклад основного матеріалу дослідження. У ст. 59 Конституції України визначено, що кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав [1].

Відповідно до ст. 12 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК) особа, яка бере участь у справі, має право на правову допомогу адвокатів або інших фахівців у галузі права [2].

Зокрема С. Я. Фурса та Є. І. Фурса стверджують, що процесуальна діяльність адвоката в цивільній справі здійснюється відповідно до норм Цивільно-процесуального кодексу України. Тому можна б було не виокремлювати участі адвоката в цивільному процесі, якщо би ця діяльність мала чітко визначені напрями та межі [7, с. 54].

Таку ж точку зору підтримує В. І. Тертишніков та зазначає, що «процесуальне представництво — це правовідносини, в яких одна особа (представник) здійснює у суді процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи (яку представляють)» [6, с. 83].

На думку С. В. Васильєва, цивільне процесуальне представництво — це врегульована нормами ЦПК України форма надання правової допомоги однією особою (представник) іншій особі (особа, яку представляють, у формі здійснення процесуальних дій представником від імені і в інтересах особи, яку представляє, в межах отриманих повноважень у зв'язку з розглядом і вирішенням судом цивільної справи» [4, с.74-75].

Дійсно, адвокат бере участь у цивільних справах як представник осіб, які беруть участь у справі. При цьому його наділено загальними цивільними процесуальними правами таких осіб, а також спеціальними цивільними процесуальними правами представника. Водночас адвокат наділений відповідним матеріально-правовим статусом, який, здавалося б, певним чином має впливати на його процесуальний статус. Відтак є необхідність у визначені адвоката як представника у цивільному процесі, який наділений спеціальними цивільними процесуальними правами, виходячи із його матеріально-правового статусу адвоката як професійного захисника.

Особливістю правове регулювання участі адвоката у цивільному процесі України, є те, що воно здійснюється як цивільним процесуальним законодавством України, так і спеціальними законами та підзаконними нормативно-правовими актами. Відповідний законодавчий підхід обумовлює специфіку участі вказаного суб'єкта в цивільних процесуальних правовідносинах.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) адвокатом є фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах і в порядку, що передбачені законом.

У пункті 2 частини 1 статті 1 Закону міститься дефініція адвокатської діяльності – нею є незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. При цьому згідно з п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону представництво є видом адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав та обов'язків клієнта, серед іншого, в цивільному судочинстві.

Аналогічні за змістом правові норми містить і ЦПК України, а саме: відповідно до ч.ч. 1-2 ст. 26, ч. 1 ст. 40, ч. 1 ст. 44 ЦПК України адвокат у цивільному процесі є представником і належить до класифікаційної групи осіб, які беруть участь у справі. При цьому його основне право полягає у вчиненні від імені особи, яку він представляє, усіх процесуальних дій, що їх має право вчиняти ця особа.

Сукупний аналіз наведених правових норм дозволяє зробити висновок про те, що адвокат, який бере участь у цивільній справі, набуває цивільного процесуального статусу договірного представника, у межах якого забезпечує реалізацію прав та обов'язків особи, інтереси якої він представляє, вчиняючи від її імені усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа.

Під час визначення правового статусу адвоката в цивільному процесі особливої актуальності набувають його права й обов'язки.

Відповідно до частини 5 статті 39, частини 1 статті 44 ЦПК України адвокат як представник у цивільному процесі наділяється правом вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа, а також доручати ведення справи в суді іншим особам. Крім того, оскільки у такому

випадку адвокат належить до класифікаційної групи осіб, які беруть участь у справі, він наділяється загальними процесуальними правами та обов'язками, регламентованими у ст. 27 ЦПК України.

Водночас Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» надає адвокату під час здійснення представництва ширше коло повноважень, а також покладає на нього додаткові обов'язки.

Зокрема, як випливає із частини 1 статті 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адвокат наділяється такими спеціальними правами: звертатися з адвокатськими запитами, у т. ч. щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб) (п. 1); збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою (п. 7); застосовувати технічні засоби, у т. ч. для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом (п. 8); посвідчувати копії документів у справах, які він веде, крім випадків, якщо законом установлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів (п. 9); одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань (п. 10); користуватися іншими правами, передбаченими законом (п. 11).

Слід зазначити, що наведені вище спеціальні права адвоката переважно пов'язані із доказовою діяльністю та надають зазначеному суб'єкту у цивільних процесуальних правовідносинах ширший обсяг процесуальних повноважень у відповідній сфері.

Поряд із правами, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» покладає на адвоката, виходячи з його особливого матеріально-правового статусу, спеціальні обов'язки, як-от: дотримуватися присяги адвоката України та правил адвокатської етики; на вимогу клієнта надавати звіт про виконання договору про надання правової допомоги; невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів; підвищувати свій професійний рівень; виконувати рішення органів адвокатського самоврядування; забезпечувати захист персональних даних про фізичну особу, якими він володіє, відповідно до законодавства з питань захисту персональних даних; виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством та договором про надання правової допомоги (чч. 1, 3 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Потрібно підкреслити, що відповідними правами та обов'язками адвокат наділений безвідносно до виду цивільного судочинства, в якому він бере участь, представляючи інтереси іншої особи. Особливості правового регулювання участі адвоката в різних видах цивільного судочинства можуть бути зумовлені наявністю інших спеціальних правил. Наприклад, згідно з ч. 4 ст. 235 ЦПК України справа про розірвання шлюбу за заявою особи, засудженої до позбавлення волі, може бути розглянута судом за участю представника такої особи. Проте це жодним чином не впливає на цивільний процесуальний статус адвоката як представника.

Зміст судового представництва у цивільному процесі складають процесуальні дії, наслідки яких поширюються на довірителя, що визначає обсяг повноважень представника. Через визначені довіреністю чи договором застереження особа має право обмежити коло повноважень представника на вчинення певної процесуальної дії.

Відтак, адвокат зобов'язаний діяти в межах повноважень, наданих йому клієнтом, з урахуванням обмежень щодо вчинення окремих процесуальних дій. Перелік повноважень чи обмежень стосовно вчинення певних процесуальних дій має бути визначено договором, який укладається між адвокатом та особою, інтереси якої він представляє у відповідному цивільному процесі.

Обмеження в діяльності адвоката закріплено і на законодавчому рівні. Так, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлено перелік обставин, які унеможливлюють участь певного адвоката в конкретному цивільному процесі, а саме:

- якщо адвокат є членом сім'ї або близьким родичем посадової особи, що брала або бере участь у цивільному процесі, щодо якого до адвоката звертаються з пропозицією укладення договору про надання правової допомоги;
- виконання договору може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї або близьких родичів, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є, професійним обов'язкам адвоката, а також у разі наявності інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів;
- адвокат надає правову допомогу іншій особі, інтереси якої можуть суперечити інтересам особи, яка звернулася щодо укладення договору про надання правової допомоги, тощо.

У зв'язку із наділенням адвоката ширшим, порівняно з іншими представниками, правовим статусом у науковій літературі періодично актуалізується дискусія з приводу того, чи доцільно допускати до участі у справі з наданням цивільного процесуального правового статусу представника осіб, які не володіють спеціальними знаннями в галузі права.

Окремі науковці стверджують, що зважаючи на інтереси, які правильно розуміються, громадян, яким необхідно гарантувати певний рівень компетентності юридичної допомоги в суді, слід було б законодавчо закріпити правило про обов'язкове ведення справ через адвокатів (правило про адвокатську монополію) хоча б для судів певної ланки або певних категорій справ, а також розширити перелік осіб, які не можуть бути представниками в суді [5].

Проте виникають запитання: чи можна вважати за доцільне виконання функцій процесуального представника виключно адвокатами, і чи зможе це гарантувати відповідний рівень надання юридичної допомоги у суді? На наш погляд, – ні.

Висновки. Отже, можна стверджувати, що адвокат, беручи участь у цивільній справі, виходячи із його спеціального правового статусу, наділений ширшим обсягом процесуальних прав та ширшим колом обов'язків, пов'язаних із забезпеченням інтересів особи, яку він представляє, під час здійснення цивільного судочинства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (зі змінами й доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України: Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV//Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – ст.356.
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI//Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 27. – ст.282.
4. Васильєв С. В. Цивільний процес України: навч. посіб. / С. В. Васильєв. – Х.: Еспада, 2009. – 456 с.
5. Островська Л. Адвокатська монополія на представництво в судах – скоріше «за» ніж «проти»// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://radako.com.ua/ news/advokatska-monopoliya-na-predstavnictvo-v-sudah-skorishe-za-nizh-proti
6. Тертишніков В. І. Цивільний процес України (лекції): навч.-практ. посіб. / В. І. Тертишніков. – Х.: Від. ФО-П Вапнярчук Н. М., 2009. – 320 с.
7. Фурса С. Я. Адвокат у цивільному процесі: [наук.-практ. посіб.] / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К.: Вид. Фурса С. Я.: КНТ, 2006. – 448 с.

Коломиец Анастасия Владимировна
АДВОКАТ КАК СУБЬЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ: КОМПЛЕКС ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ

В работе освещены вопросы проблемных аспектов участия адвоката в гражданском процессе Украины. На основании анализа научной литературы и законодательства Украины определена специфика гражданского процессуального статуса адвоката как представителя в гражданском деле. Делается вывод, что адвокат в гражданском судопроизводстве занимает самостоятельное процессуальное положение, которое характеризуется признаками относительной самостоятельности.

Ключевые слова: *адвокат, представитель, гражданский процессуальный статус, гражданские процессуальные права, гражданские процессуальные обязанности.*

Kolomiiets Anastasiia
A LAWYER AS THE SUBJECT OF CIVIL RELATIONSHIPS: A COMPLEX OF RIGHTS AND DUTIES

The article highlights such issue, as problematic aspects of solicitor's participation in civil process of Ukraine. On the grounds of analysis of scientific literature and legislation of Ukraine the specifi c of civil procedural status of solicitor as a representative in a civil case is defined. It is concluded that the lawyer in civil proceedings holds independent procedural situation, which is characterized by signs of relative independence.

Keywords: *solicitor, representative, civil procedural status, civil procedural rights, civil procedural obligations.*

Лубяна Катерина Андріївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.965

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ АДВОКАТА

Стаття присвячена розгляду особливостей професійних прав адвоката в Україні, класифікації і цілям їх закріплення. Особлива увага приділена прав адвоката на звернення з адвокатським запитом. Виділені основні проблеми забезпечення їх реалізації і дотримання, визначена роль органів адвокатського самоврядування щодо можливостей реалізації прав адвоката. Автором запропоновані шляхи покращення існуючого правового регулювання реалізації і захисту професійних прав адвоката в Україні.

Ключові слова*: адвокат, професійні права, гарантії, адвокатський запит, адвокатське самоврядування.*

Постановка проблеми. Метою закріплення професійних прав і обов'язків адвоката є сприяння належному представництву інтересів довірителя. Особливої актуальності тема статті набуває у зв'язку із останніми змінами до Конституції України [1], прийняттям нової редакції Закону України «Про судоустрій та статусу суддів» [2] у частині представництва інтересів особи у суді. Відповідно до статті 131-2 Основного Закону для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. В цій роботі ми не будемо зупинятися на доцільності таких змін, проте такий крок безперечно вимагає удосконалення правового статусу адвоката з метою гарантування надання ним якісних правничих послуг. Попри передбачені законом гарантії реалізація професійних прав адвокатів на сьогодні ускладнена численними перепонами.

Стан дослідження. Права і обов'язки адвоката були предметом дослідження таких вчених, як Т.В. Варфоломєєва, І.Ю. Гловацький, С.В. Гончаренко, Л.С. Дубчак, А.В. Молдован, С.Ф. Сафулько, О.Д. Святоцький, Д.П. Фіолевський, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, П.В. Хотенець, О.Г. Яновська та ін.

Постановка завдання. Метою статті є виявлення змісту професійних прав адвокатів в Україні та існуючих проблем їх реалізації, а також шляхів посилення їх захисту.

Виклад основного матеріалу. З моменту набуття правового статусу адвоката і отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю та посвідчення адвоката України адвокат наділяється професійними правами. При дослідженні прав адвокатів слід враховувати, що права адвоката – це не засоби, які необхідні лише йому самому [3, с. 71]. Відповідно, кожне порушення професійних прав і гарантій адвоката водночас називають порушенням прав людини його клієнта [4, с. 3]. Права адвоката встановлені в інтересах як особи-клієнта, так і усього суспільства в цілому. Адвокат, реалізуючи свої професійні права, сприяє повноті, всебічності об'єктивності судочинства. Справедливо зазначають, що адвокати є тим стовпом, на якому тримається захист верховенства права, сприяння забезпеченню доступу до правосуддя та правової допомоги, забезпечення дотримання належної процедури в судовому процесі, створення змагальної системи судочинства, а також захист прав людини [4, с. 2].

Професійні права адвоката закріплені як в національному законодавстві (Конституція України, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», процесуальні кодекси), так і в міжнародних актах (зокрема, Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод, Основні положення ООН про роль адвоката, Рекомендація (2000) 21 Комітету Міністрів Ради Європи про свободу професійної діяльності адвокатів, акти Ради адвокатських і правових товариств Європи (ССВЕ) тощо).

Центральною статтею, що визначає професійні права адвокатів є стаття 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) [5]. При чому вона не закріплює вичерпного списку прав, оперуючи термінами «зокрема» та право «користуватися іншими правами, передбаченими цим Законом та іншими законами». Вважаємо, що останнє формулювання обмежує реальне кола прав адвоката. Слід погодитися із пропозицією авторів проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підготовленому Радою з питань судової реформи про необхідність викласти цей пункт у наступній редакції: «користуватися іншими правами, передбаченими цим та іншими законами, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та іншими міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також практикою Європейського суду з прав людини» [7].

Звертаючись до доцільності існування переліку прав адвоката, слід звернути увагу на те, що насамперед значення має не формальне закріплення права у переліку в нормативно-правовому акті, а ті положення, які його деталізують, визначають механізм реалізації, забезпечення та захисту. Адже не існує прав, без наявності належних засобів їх правового захисту [4, с. 3]. Зокрема, порядок реалізації права адвоката збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази (п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону) фактично відсутній у законодавстві України. Адвокатам відмовляють у доступі до матеріалів справи, створюються перешкоди до вчасного доступ до доказів, думкою незалежних експертів-свідків нехтують на користь «офіційно санкціонованих» експертів-свідків, часто адвокати не можуть опитати свідків (фактичних і експертів) тощо [4, с. 5].

Зважаючи на відкритий перелік прав адвокатів у Законі, доцільно провести їх класифікацію. Так, можна виділити права, які пов'язані з виконанням договору про надання правової допомоги; а також права, які пов'язані з адвокатським самоврядуванням. О.Г. Яновська пропонує виділяти такі групи професійних прав адвокатів з огляду на їх спрямованість: 1) права адвоката, реалізуючи які адвокат одержує необхідну інформацію для успішного здійснення своєї діяльності; 2) права адвоката, реалізація яких дає йому можливість активно брати участь у процесі захисту прав та законних інтересів своїх клієнтів; 3) права адвоката, реалізуючи які він сприяє об'єктивності розгляду справ своїх клієнтів, а також охороняє від можливих і захищає від допущених порушень свої права і права особи, інтереси якої він представляє [3, с. 81]. Недоліком зазначеної класифікації є те, що в ній не врахована група прав, реалізація яких спрямована на захист інтересів самого адвоката.

Слід відмітити, що з прийняттям Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05 липня 2012 р. можливості реалізації адвокатом своїх професійних прав розширилися. Зокрема, було запроваджено норму, згідно з якою за відмову в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, крім випадків відмови в наданні інформації з обмеженим доступом, можуть бути застосовані заходи адміністративної відповідальності. Фахівці відзначають наявність великої кількості судових рішень, ухвалених з моменту прийняття згаданого Закону, в яких зафіксовані факти порушення посадовими особами підприємств, установ права адвоката на отримання інформації за адвокатським запитом і накладено на таких осіб адміністративні стягнення у вигляді штрафів.

Крім того, Законом встановлений строк розгляду адвокатського запиту – п'ять робочих днів, що підвищило оперативність отримання відповіді. Відповідно до п. 21 Основних положеннях ООН про роль адвоката обов'язком компетентних влад є забезпечення адвокату можливості своєчасно знайомитися з інформацією, документами і матеріалами справи, аби мати можливість надавати ефективну правову допомогу своїм клієнтам. Доступ повинен надаватися вчасно й у найкоротші строки [6]. Однак, практика свідчить про поширеність випадків необґрунтованого продовження цього строку до двадцяти робочих днів (ч. 2 ст. 24 Закону). З метою зменшення негативних наслідків такого рішення, вважаємо, що доцільно закріпити випадки, коли відповідь на адвокатський запит повинна бути надана у більш скорочені терміни, наприклад, протягом двох робочих днів із можливістю продовження до п'яти робочих днів. Такі строки повинні стосуватися випадків, пов'язаних із діяльністю адвокатів у кримінальних справах, в яких особам-довірителям протистоїть потужний державний апарат, і які можуть бути позбавлені волі чи зазнати порушення основних прав людини в процесі розгляду справи. За таких умов затримка надання інформації за запитом адвоката можуть завдати такої ж шкоди, що й відмова в її наданні.

Крім того, саме формулювання у п. 1 ч. 1 ст. 20 Закону потребує уточнення. Так, адвокат має право не лише звертатися з адвокатськими запитами, а також отримувати відповідну інформацію та документи, що є невід'ємною частиною права на запит. Саме такі зміни передбачені у проекті Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», підготовленому Радою з питань судової реформи [7].

Метою закріплення професійних прав і обов'язків адвоката є передусім сприяння належному захисту прав клієнта. Адвокату слід уникати зловживання своїми професійними правами поза межами професійної діяльності. Зокрема, однією із професійних гарантій адвоката відповідно до практики Європейського суду із прав людини є свобода висловлювання в судовому процесі, але в той же час, при спілкуванні з пресою адвокат повинен бути більш стриманим [8].

В цьому контексті, слід звернути увагу також на необхідність існування кола правових інструментів, спрямованих на запобігання зловживань адвокатом своїми правами. До таких заходів можна віднести: обов'язок вказівки мотиву реалізації певних прав (наприклад, клопотання адвоката повинно бути мотивованим; встановлення визначеного строку використання певного права (строк подання скарги); характер реалізації багатьох процесуальних прав [3, с. 69].

Згідно ч. 3 ст. 2 Закону з метою забезпечення належного здійснення адвокатської діяльності, дотримання гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних прав адвокатів, забезпечення високого професійного рівня адвокатів та вирішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів в Україні діє адвокатське самоврядування. Отже, органи адвокатського самоврядування повинні займати активну позицію у забезпеченні реалізації і захисті прав адвокатів.

У структурі Національної асоціації адвокатів України діє Комітет захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності, який об'єднує такі секції: взаємодії з правоохоронними органами та іншими державними органами, оперативного виїзду та координації, правового представництва, доступу до інформації [9]. Метою діяльності Комітету є захист професійних, соціальних та інших прав адвокатів, організація сприяння забезпечення гарантій адвокатської діяльності, та забезпечення необхідних умов для ефективного та якісного виконання адвокатами своїх професійних обов'язків. Також Радою адвокатів був затверджений Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської дільності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів.

Однак, практика свідчить про те, що зазначений підрозділ не у повній мірі досягає цілей діяльності, процедура реагування на порушення потребує багато часу, а більшість адвокатів вважає їх недостатніми [4, с. 7]. Відповідно, на сьогодні не існує комплексної системи для швидкого й ефективного реагування на порушення професійних прав і гарантій адвокатів. Крім того, з боку органів адвокатського самоврядування необхідна розробка легкодоступних інформаційних ресурсів, які б містили узагальнену і комплексну інформацію щодо порушення професійних прав і гарантій адвокатів. Більше того, відмічають, що саме управління інформацією є основою системи захисту прав і гарантій адвокатів. Усі зацікавлені сторони повинні точно знати: скільки порушень відбувається, які це види порушень, де відбуваються порушення та хто несе за них відповідальність [4, с. 11]. Поширення такої інформації забезпечить гласність і суспільний резонанс у зв'язку із порушенням професійних прав і гарантій адвокатів, що у свою

чергу, сприяло би попередженню порушень з метою уникнення негативного публічного розголосу. Натомість на установи різних форм власності, державні органи тощо, які толерують незаконне поводження своїх співробітників і посадових осіб щодо адвокатів необхідно чинити політичний і громадський тиск [4, с. 9].

Реалізація професійних прав адвоката також залежить від уміння самого адвоката користуватися існуючими правовими інструментами. Зокрема, як зазначає В. Загарія, адвокати мають активніше відстоювати своє право на отримання інформації під час надання правової допомоги клієнту [9]. Адвокати завжди повинні бути і повинні вважати себе частиною системи захисту прав і гарантій адвокатів [4, с. 10]. Посиленню таких умінь адвоката можуть сприяти тренінги, семінари, поширення інформаційних матеріалів, проведення зустрічей адвокатів на різних рівнях, навчання користування соціальними мережами та цифровими технологіями у професійних цілях тощо.

Процес реалізації прав адвоката не є одностороннім і не залежить лише від адвоката. Оцінка практики порушення прав адвоката дозволяє зробити висновок, що для сприяння реалізації адвокатом його прав необхідно зменшити дискреційні повноваження органів державної влади чи посадових осіб у сфері реалізації адвокатом професійних прав. Зокрема, О.Г. Яновська зазначає, що права є забезпечені тим надійніше, чим меншим є елемент власного розсуду слідчого, прокурора, державного службовця, суду в оцінці того, чи знаходяться дії адвокатів в межах, визначених законом [3, с. 81]. Крім того, необхідне чітке визначення законом підстав відмови адвокату в реалізації його права органом державної влади, його посадовою особою, а також фізичною чи юридичною особою.

Висновки. Наявність нормативно гарантованих професійних прав адвоката надає йому додаткові інструменти надання якісної правничої допомоги, у порівнянні з юристами без статусу адвоката. Однак, реалізація професійних прав адвокатів в Україні на сьогодні потребує подальшого вдосконалення, зокрема у напрямку закріплення чітких підстав відмови у їх реалізації і відповідальності за порушення таких прав; закріплення випадків, коли відповідь на адвокатський запит повинна бути надана у більш скорочені терміни; посилення умінь адвоката користуватися засобами захисту своїх професійних прав; створення інформаційних ресурсів, які б містили узагальнену і комплексну інформацію щодо порушення професійних прав і гарантій адвокатів. Лише комплексне вжиття таких заходів може бути передумовою для запровадження монополії адвокатів на представництво у судах щодо певних категорій справ.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Закон України «Про судоустрій та статусу суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII // Відомості Верховної Ради України від 29.07.2016 р., № 31, стор. 7, стаття 545
3. Яновська О.Г. Адвокатура України: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 280 с.
4. Захист прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності: заключення та рекомендації // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.justicereformukraine.eu/wp-content/uploads/2016/06/ProtectingAdvocates-Memo_FINAL_ukr.pdf.
5. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» // Відомості Верховної Ради України від 05.07.2012 р. – № 27, стор. 1438, стаття 282.
6. Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року// Бюлетень законодавства і юридичної практики України, – К: «Юрінком», – 2000 р. – № 1.
7. 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.
8. А. Костін. Незалежність адвокатури: Європа проти регулювання чи за? // Електронний ресурс. – [Режим доступу]: http://unba.org.ua/publications/print/168-nezalezhnist-advokatury.html.
9. Офіційний сайт Національної асоціації адвокатів України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unba.org.ua/komitety.
10. Щодо права адвоката на отримання інформації // Електронний ресурс. – [Режим доступу]: http://zib.com.ua/ru/42316-predsedatel_vkdka_valentin_zagariya_nazval_tri_sostavlyayusc.html.

Лубяная Екатерина Андреевна

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ АДВОКАТА

Статья посвящена рассмотрению особенностей профессиональных прав адвоката в Украине, классификации и целям их закрепления. Особое внимание уделено праву адвоката на обращение с адвокатским запросом. Выделены основные проблемы обеспечения их реализации и соблюдения, определена роль органов адвокатского самоуправления относительно возможностей реализации прав адвоката. Автором предложены пути улучшения существующего правового регулирования реализации и защиты профессиональных прав адвоката в Украине.

***Ключевые слова**: адвокат, профессиональные права, гарантии, адвокатский запрос, адвокатское самоуправление.*

Kateryna Lubiana

CURRENT PROBLEMS OF THE IMPLEMENTATION OF LAWYER'S PROFESSIONAL RIGHTS

The article deals with the peculiarities of professional rights of lawyer in Ukraine, their classification and objectives of their consolidation in a law. Special attention is given to the right to send a lawyer's request. The basic problems of ensuring the rights and the role of the lawyer's self-government are defined. The author proposes the ways to improve the existing regulation of implementation and protection of professional rights of lawyers in Ukraine.

Keywords: *lawyer, professional rights, guarantees, lawyer's request, lawyers' self-government.*

Пальонко Аліна Віталіївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 343.1

ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗАХИСНИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті досліджуються питання визначення правового статусу захисника в кримінальному провадження. Пропонуються шляхи до його вдосконалення. Проведено порівняння КПК 1960 та 2012 років.

Ключові слова: *захисник, кримінальне провадження, право на захист, правовий статус, правнича допомога.*

На сьогоднішній день важливою ознакою правової держави є реальне забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Належне забезпечення таких прав є необхідним та важливим конституційним положенням. Конституцією України передбачено основні права людини і громадянина, серед яких важливе місце займає право на захист. Стаття 59 Конституції України передбачає, що кожен має право на професійну правничу допомогу, тобто кожен має право безоплатно отримати допомогу для своїх порушених прав, свобод та інтересів [1,С.19-20]. А для забезпечення цього права статтею 131-^{2} Конституції України передбачено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура [1,С.50].

Для забезпечення державою дотримання права людини і громадянина на одержання професійної правничої допомоги, в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – «КПК») закріплено правову норму, яка забезпечує реальне право підозрюваного, обвинуваченого, засудженого або виправданого на одержання професійної допомоги від захисника, яким відповідно до статті 45 КПК є адвокат.

Право обвинуваченого на захист, який надає адвокат, забезпечує дотримання принципу змагальності та доведення вини у кримінальному процесі, а тому значний інтерес у правовій та науковій літературі приділеній правовому статусу захисника з огляду на необхідність подальшого реформування та вдосконалення судово-процесуальних норм шляхом гармонізування їх до європейських стандартів. Актуальність дослідження правового статусу захисника, його участь та заміна, забезпечення процесуальних гарантій його діяльності у кримінальному процесі полягає в дотриманні права обвинуваченого на професійний захист, оптимізуванні та можливості удосконалення норм процесуального законодавства, яке створюватиме умови для максимального та неупередженого захисту.

Важливі питання та дослідження по цій тематиці були здійснені вченими Н. Бонналь, Л.В. Брусніцин, О.Д. Святоцький, Є.В. Васьковський, І.Ю. Гловацький, М.В. Ларін та інші. Правове регулювання діяльності захисника не лише в контексті законодавства України, але і в міжнародно-правововій практиці було досліджено такими вітчизняними вченими і практиками в галузі юриспруденції як Т.В. Варфоломеєва, В.Г. Гончаренко, Ю. М. Грошевий, В.В. Долежан, Є.Д. Лук'янчиков, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, В.В. Молдован, В.Т. Нор, Д.П. Письменний, В.О. Попелюшко, Д.П. Фіолевський, В.П. Шибіко, О.Г. Яновська, Д.В. Кухнюк, М.М. Видря, П.С. Елькінд, Л.Д. Кокорєв, Є.Г. Мартинчик, Я.О. Мотовіловкер, І.Д. Перлов, А.Л. Рівлін, Г.П. Саркісянц, П.С. Сергеїч, Є.Д. Синайський, Ю.І. Стецовський, М.С. Строгович, А.Л. Ципкін, М.О. Чельцов та іншими.

Вирішення питань вдосконалення процесуального статусу захисника надасть можливість ефективніше вирішувати справи по суті та гарантуватиме обвинуваченому його конституційне право на захист. Нажаль, в національному законодавстві існує багато прогалин, які заважають доцільно вирішити питання статусу захисника в кримінальному провадженні.

На виконання Угоди про євроінтеграцію спонукає Україну до гармонізування національного законодавства до стандартів Європейського Союзу, заповнювати всі прогалини

та невідповідності. Відносно функціонування адвокатури перші кроки було зроблено шляхом внесення змін до Конституції України стосовно закріплення виключного права адвокатів на представництво в суді.

Президент України також ухвалив Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, метою якої є визначення пріоритетів реформування системи судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів задля практичної реалізації принципу верховенства права та удосконалення функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейським цінностям та стандартам захисту прав людини.

Цією Стратегією визначено основні напрями вдосконалення функціонування адвокатури України. Зокрема, відповідно до пункту 5.6 необхідним є посилення гарантій здійснення адвокатської діяльності та забезпечення доступності безоплатної правової допомоги [2]. А тому виникає потреба вносити зміни в КПК, адже більшість проблем, пов'язаних з визначенням статусу захисника знаходяться саме в цьому законодавчому акті.

Відповідно до статті 45 КПК захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, а також особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) [3, С. 30].

Незважаючи на те, що дана стаття КПК має назву «Захисник», чіткого юридичного визначення поняття «захисника» в ній немає. Також загалом в КПК серед основних термінів як «слідчий», «прокурор», «керівник органу досудового розслідування» таке визначення відсутнє. В самій статті є вказівка на те, хто може бути захисником в кримінальному процесі без вказівки на те, що це учасник кримінального провадження.

Разом з тим ще в редакції КПК України 1960 року в частині 1 статті 44 було визначено, що захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі.

З даного питання можна навести міжнародний досвід країн Європейського Союзу. Наприклад, стаття 138 КПК Німеччини передбачає, що як захисники на попередньому слідстві можуть брати участь, крім професійних адвокатів, викладачі права німецьких вищих навчальних закладів. У Франції під поняття «адвокат» підпадають усі юридичні спеціалізації, й усі вони наділені правом здійснювати адвокатські функції в суді. Однак у Франції, починаючи з 1991 р., діє Національна рада адвокатури – колегіальний орган, який здійснює регулювання питань, що стосуються етичних сторін адвокатської діяльності. При цьому слід наголосити, що ст. 114 КПК Франції ставить за обов'язок магістрату роз'ясняти обвинувачуваному його право обирати собі захисника з числа адвокатів чи з числа адвокатів стажистів, чи з числа повірників, а у разі неможливості зробити вибір – самому призначити захисника, якщо обвинувачуваний заявив про це клопотання [4,С.238].

Відповідно до частини 2 статті 45 чинного КПК захисником може бути лише той адвокат, який внесений до Єдиного реєстру адвокатів України та стосовно якого в ЄРАУ не міститься відомостей про зупинення або припинення права на зайняття ним адвокатською діяльністю [5, с.30].

Досить суттєвою, на мій погляд, виявляється проблема в тому, що деякі слідчі вимагають щоб повноваження адвоката підтверджувалися також витягом з ЄРАУ, хоч це не відповідає вимогам ст. 50 Кримінального процесуального кодексу України. Загально відомо, що право на заняття адвокатською діяльністю засвідчується свідоцтвом, виданим Кваліфікаційною-дисциплінарною комісією адвокатури. Додаткове підтвердження такого права шляхом наданням витягу із ЄРАУ частково стримує та обмежує захисників у здійсненні своїх повноважень, оскільки наявність чи відсутність певних записів в реєстрі жодним чином не впливає на дійсність виданого у встановленому порядку свідоцтва.

На думку автора щодо частини 2 статті 45 КПК, що внесення до ЄРАУ є технічним питанням, яке не повинно впливати на можливість здійснення адвокатом захисту в кримінальному провадженні. Широко відомо, що так звані масові «затемнення» НААУ відомостей про адвокатів в ЄРАУ, з боку осіб уповноважених на ведення ЄРАУ, наприклад, за несвоєчасну сплату щорічних внесків на утримання органів адвокатського самоврядування, призводили до чисельних порушень права на захист та обмежує повноцінну участь у представницьких заходах.

На сьогодні можна навести приклади таких порушень з боку уповноважених на ведення ЄРАУ, зокрема можна говорити про несанкціоноване втручання в систему ЄРАУ, внаслідок чого з реєстру зникли відомості щодо кількох тисяч адвокатів, внаслідок чого на захист своїх прав адвокатами було подано позов на НААУ. А саме позов Ради адвокатів м. Києва до НААУ, за яким Окружним адміністративним судом м. Києва 7 листопада 2014 прийнято постанову, якою частково було задоволено позовні вимоги, які стосувалися ведення ЄРАУ.

Також поряд з відсутністю визначення поняття «Захисник» необхідно відмітити, що в чинному КПК України відсутня окрема стаття, яка б визначала права захисника. Відповідно до ч. 4 статті 46 КПК України 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 цього Кодексу, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду [5, С.31].

В порівнянні з КПК 1960 року можна сказати, що права захисника значно звужені в чинному КПК. В КПК 1960 року можна було знайти статтю 48, яка зазначала права та обов'язки захисника, які не ототожнювались з правами та обов'язками підозрюваного чи обвинуваченого, захист якого здійснюється. В чинному КПК захисник обмежений у засобах збирання доказів та можливості проведення власного розслідування, є залежним від сторони обвинувачення щодо проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій. Також присутня невизначеність процесуального статусу адвоката, який надає правову допомогу свідку.

Відсутність окремої статті яка б регламентувала процесуальні права захисника це, по-перше, ризик ототожнення захисника з його підзахисним, по-друге, часткова втрата захисником процесуальної самостійності, по-третє, неврегульованість питання щодо можливості колізії в правовій позиції захисника та підзахисного.

На думку автора захисник, як і слідчий та прокурор є самостійним процесуальним суб'єктом та повинен мати не тільки процесуальні обов'язки а і процесуальні права. Процесуальні права захисника відрізняються від процесуальних прав підозрюваного та обвинуваченого. Тому є дуже важливим передбачити окреме положення в КПК, яке б регламентувало права та обов'язки захисника.

Новим положенням у чинному КПК України можна назвати частину 3 статті 46, яка передбачає, що одночасно брати участь у судовому розгляді можуть не більше п'яти захисників одного обвинуваченого. У Кримінальному процесуальному кодексі в редакції від 1960 року таке положення передбачало, що у обвинуваченого може бути декілька захисників. А якщо звернутись до законодавств країн Європи, то можна побачити, що положення щодо кількості захисників взагалі відсутнє або передбачено максимум до трьох захисників[6,С.528]. Такі положення є досить дискусійними, що вимагає додаткового дослідження. На думку О. Г. Яновської положення частини 3 статті 46 взагалі треба виключити, адже це забезпечить рівноправність сторін в кримінальному провадженні та запобігатиме порушенню права на захист [7, с. 346].

Одним із проблемних питань, якому потрібно приділити увагу, є право захисника на побачення з підсудним. Реалізація права на захист обвинуваченого, у разі його утримання під вартою не є можливою. Тому, слід забезпечити право на побачення без обмежень їх кількості і тривалості. Стаття 48 КПК України встановлює, що з моменту допуску до участі у справі захисник має право до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення, а після першого допиту – такі самі побачення без обмеження їх кількості та тривалості. Право захисника мати конфіденційне побачення з підзахисним без обмеження їх кількості та тривалості є абсолютним. Таке право не може обмежуватися, побачення не може не надаватися. Однак у дійсності, тривалість побачення з обвинуваченим в слідчому ізоляторі обмежується робочим часом працівників цієї установи. Крім того, відповідно до Правил тримання осіб, узятих під варту, і засуджених у слідчих ізоляторах, ув'язнений має право на побачення із захисником тільки у вільний від виконання слідчих дій час. У вихідні та святкові дні взагалі практично не можливо зустрітися у СІЗО з підзахисним [8,С.35].

Виходячи з наведених вище проблем і питань щодо реалізації права обвинуваченого (підсудного) на захист, потрібно вказати на наступне:

1. В КПК України слід встановити допуск захисника до підозрюваного до першого допиту, який має гарантувати захист від незаконних дій, психологічного тиску з боку слідчих органів. При цьому заборонити проведення слідчих дій або допиту без побачення із захисником, або письмової відмови від такого.

2. В КПК України необхідно прописати положення, яке б визначало термін «Захисник», як це наприклад було в КПК 1960 року. Пропонується передбачити визначення цього терміну у ст. 3 КПК поряд з такими термінами як «слідчий», «прокурор», «керівник органу досудового розслідування».

3. Пропонується у ст.47 КПК положення, яке регулюватиме права та обов'язки захисника, та яке не буде ототожнювати захисника з його підзахисним.

4. З урахуванням того, що Україна знаходиться в процесі євроінтеграції, необхідно прискорити процес гармонізації національного законодавства до стандартів ЄС в питаннях діяльності захисника в кримінальному провадженні. Необхідно переймати досвід країн Європи, а також інших зарубіжних країн, які значно ширше розкривають питання визначення процесуального статусу захисника у своєму законодавстві.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: офіційне видання – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – 252 с.
2. 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
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України, 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – 88 с.

4. Фіолевський Д. П. Судова влада і правоохоронна система України: Навч. посібн., 2005. – 238 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України: [наук.-практ. коментар] / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К.: Юстініан, 2012. – 1224 с.
6. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головко, Б. А. Филимонов. – 2-е изд., доп. И испр. – М.: Зерцало, 2002. – 528 с.
7. Гончаренко С. Професійні права адвоката і гарантії адвокатської діяльності у контексті прецедентного права Європейського суду з прав людини //Адвокат. – 2005. – №7.
8. Яновська О. Г. Зміст засади змагальності та правові умови її реалізації в кримінальному провадженні /О. Г. Яновська // Держава і право. – 2013. – Вип. 59. – С. 343–349.
9. Кримінально – процесуальний кодекс України 1960 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001-05
10. Про адвокатуру та адвокатську діяльність від 05.07.2012 № 5076-VI // Відомості Верховної Ради, 2013. – № 27. – 282 с.
11. Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства / В. Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 320 с.

Палёнко Алина Витальевна

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА ЗАЩИТНИКА В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

В статье исследуются вопросы определения правового статуса защитника в уголовном производстве. Ппредлагаются способы его совершенствования. Произведено сравнение КПК 1960 и 2012 годов.

Ключевые слова: *защитник, уголовное производство, право на защиту, правовой статус, юридическая помощь.*

Alina Palonko

IMPROVEMENT OF THE LEGAL STATUS OF THE DEFEND LAWYER IN CRIMINAL PROCEEDINGS

In the article the questions of defining of the legal status of the defender in criminal proceedings are examined. The ways to improve it are offered. Comparison of CPC 1960 and 2012.

Keywords: *Defend lawyer, criminal proceedings, right to defense, legal status, legal assistance.*

Стопчак Ростислав Олегович,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК: 347.96:347.133.4(477)

РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ ДОВІРЕНОСТІ ТА ДОРУЧЕННЯ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

У даній статті звертається увага на необхідність більш точного визначення понять «довіреність» та «доручення». Саме розмежування цих двох категорій дасть змогу більш точніше використовувати дану термінологію на практиці серед нотаріусів та юристів. Акцентується увага на лексичному значенні та тлумаченні відповідних понять.

Ключові слова: *довіреність, доручення, лексика, тлумачення.*

Постановка проблеми. На практиці, досить часто, нотаріуси та юристи загалом, вчиняють помилку під час трактування понять «довіреність» та «доручення». Саме ця помилка знаходить своє відображення у Законі України «Про нотаріат» в якому застосовують термін «доручення» замість терміну «довіреність». Тому важливим є питання розмежувати ці дві категорії, порівняти їх лексичне значення та прийти до єдиного розуміння даної проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор. Питання розмежування понять «довіреності» та «доручення» досліджували Сотнікова К. у статті «Представництво в нотаріальному процесі» [6, с. 57], Філик Н. В. у статті «Особливості інституту представництво в нотаріальному процесі» [5, с. 60], Спасибо-Фатєєва І. В. «Окремі проблеми представництва» [7, с. 35]. Вивченням даного питання також займалися вчені: Фурса С. Я., Нерсесова Н.О., Нєвзгодіної О.Л., Рясенцева В.О..

Вказана стаття присвячується детальному розмежуванню понять «довіреність» та «доручення» з точки зору лексичного розуміння та їх тлумачення, а також їх використання на практиці та формулювання даних категорій відповідно до чинного законодавства.

Формулювання цілей статті. Ціллю статті є детальна характеристика понять «довіреність» та «доручення», для усунення помилок при використанні даних категорій нотаріусами та юристами.

Виклад основного матеріалу. Велика кількість юристів, посилаючись на лінгвістичні словники та фахові довідники, вважають, що, при оформленні представництва, необхідно вживати поняття «доручення».

В деяких нормативних актах, можна зустріти термін «доручення», яке розкриває представництво, в його розумінні перед третіми особами.

У Законі України «Про нотаріат» можна зустріти застосування обидвох термінів. Для посвідчення правочину (договору, заповіту, довіреності тощо) нотаріусу подається довіреність або інший документ, що надає повноваження представникові. В свою чергу, дійсність довіреності перевіряється нотаріусом за допомогою Єдиного реєстру довіреностей [10, с. 2].

В довідковій літературі з української мови, коли стосується ділової мови, часто трапляється випадки твердження, що слово «довіреність» являється русизмом, а правомірно можливо вживати тільки слово «доручення». Але це твердження можна вважати помилковим, так як на практиці, ці поняття використовуються досить давно і вони є усталеними у нашій мові. В українській мові є також спільнокореневі слова до «довіреність»: довіряти, довіра, довірений та ін. Тому не варто розуміти слово «довіреність» русизмом.

Відповідно до словника української мови (Академічний тлумачний словник), «довіреність» (жін. рід) – документ, що дає комунебудь право діяти від імені особи, яка видала його; доручення. Для виконання від імені довірителя дій, що повинні безпосередньо встановлювати права і обов'язки довірителя, довірений повинен мати письмову довіреність або уповноваження [9, с. 381].

Відмінність між значеннями цих двох понять полягає в тому, що слово «довіреність» позначає документ, яким одна особа передає повноваження іншій особі діяти від свого імені, як правило, на свій розсуд. Тобто, особа, якій видали довіреність, довіряє іншій особі приймати рішення щодо вчинення певної кількості дій або утриматися від їх вчинення [11, с. 1].

Загалом, питання про співвідношення інститутів договору доручення та довіреності, слід розуміти в контексті розуміння договору доручення як підставою виникнення представницьких відносин.

Виходячи із того, що уже було зазначено, потрібно вказати на те, що доручення являється договором, тобто конклюдентна згода між двома сторонами, а довіреність в свою чергу потрібно розглядати як односторонній правочин, під яким розуміється встановлення повноважень для однієї особи, котра забов'язується вчиняти певні дії від імені іншої особи, а також засвідчує повноваження цієї особи перед третіми особами.

Окрім цього, враховуючи той факт, що повноваження повіреного можуть визначатися не тільки виходячи із довіреності, але в свою чергу і випливати з договору доручення, в законі зазначено, що за довірителем закріплений обов'язок, який передбачає видачу повіреному довіреність на вчинення юридичних дій відповідно до договору доручення. Отже можна вказати на те, що на практиці, повірений може вчиняти певні дії від імені довірителя та в його інтересах лише якщо буде наявна довіреність.

Враховуючи відмінність, що випливає з одностороннього характеру довіреності та двостороннього характеру договору доручення , можна допустити такий факт як те, що договір зобов'язується із кожної сторони, а дія довіреності, відповідно до того, що вона являється одностороннім правочином, має можливість бути скасованою в односторонньому порядку довірителем або повіреним. Але, відповідно до Цивільного кодексу, за сторонами договору доручення, безпосередньо закріплене право на відмову від самого договору.

Якщо особа видає доручення, то також дає повноваження діяти від свого імені, але, як правило, не на свій розсуд, а так, як встановлено домовленістю між сторонами або імперативним наказом.

Для повноти розуміння даного питання, потрібно звернутися до теорії. Це дасть можливість виділити сутність представництва і відповісти на ті питання, які відносяться до даної тематики. Традиційно, слід вважати, що в представництві розрізняють внутрішні і зовнішні відносини.

Відносини між представником і особою, яку представляють, створюють внутрішні відносини представництва. Підставою виникнення цих відносин є договори чи інші юридичні факти, наприклад, рішення органів опіки про призначення опікуна тощо.

В свою, чергу, відносини між представником і третіми особами створюють зовнішні відносини представництва. Вони можуть реалізуватись на підставі довіреності.

На рахунок оформлення цих відносин, слід розглянути найбільш розповсюджену у нотаріальній діяльності ситуацію, коли внутрішні відносини представництва оформлюються договором (зазвичай договором доручення), а зовнішні – довіреністю. В обох випадках ми маємо справу із правочинами. Звернемось до вимог ЦК України щодо форми правочину. Ст. 205 ЦК України встановлює, що правочин може вчинятись усно або в письмовій формі. Сторони, в свою чергу, можуть обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом [1].

Щодо довіреності, ситуація дещо інша, а саме – спеціальні вимоги щодо форми встановлено у ст. 245 ЦК України [2]. Щодо договору ч. 1 ст. 639 ЦК України встановлено, що він може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом [3]. Норми Глави 68 ЦК України щодо договору доручення не встановлюють спеціальних вимог відносно форми. Тому, він може бути укладений і в усній формі.

Виходячи із поняття «довіреність», довіреним повинна бути особа, якій довіряють представництво інтересів довірителя перед третіми особами. В той же час як доручення не накладає в повній мірі характерних ознак на правовідносини, а в повній мірі залежить від того, які ознаки з ним пов'язує законодавство.

Таким чином, слід зазначити, що в Законі України «Про нотаріат» відбулася лексична помилка, коли вказується, що в договорі доручення бере участь довіритель, так як це слово на пряму походить від слова довіра, а не доручення. Тому, особу, яка надає доручення, слід називати доручителем, а не довірителем [8, с. 241].

Загалом, можна зазначити, що відповідно до аналізу правових норм, що регулюють відповідні категорії договору доручення та довіреності, потрібно вказати на існуючі між ними відмінності:

1) порівнюючи предмети двох даних понять, можна зробити висновок, предмет договору доручення є більш ширшим, ніж предмет довіреності. Відповідно предметом договору виступають юридичні дії , а предметом довіреності являється вчинення правочину.

2) обов'язковою умовою довіреності являється факт того, що вона видається виключно довірителем, а відповідно до договору, для його укладання, необхідна згода обох сторін;

3) довіритель не має права відмовлятися від безвідкличної довіреності, а представника відсутнє право на вчинення невідкладних дій та інших дій, в свою чергу відмова за договором доручення можлива у будь-якому випадку;

4) в тому випадку, коли представник відмовляється від довіреності, на нього, в більшості випадків, покладаються обов'язки щодо відшкодування завданих збитків, а в разі відмови повіреного від договору доручення, у довірителя виникає права на відшкодування збитків, у тому випадку, коли повірений діяв як комерційний представник або якщо у довірителя відсутня можливості

іншим чином забезпечити свої інтереси. Окрім цього, законодавець не згадує про сплату винагороди довірителем за довіреністю та про відшкодування збитків, але в цей же час, відповідні норми щодо договору доручення існують.

Як результат, слід вказати на те, що через законодавчу невизначеність у розмежуванні договору доручення та довіреності відбувається, що на підставі договору доручення здійснюються видачі довіреностей. Також, довіреності можуть бути видані в іншій формі, ніж форма, у якій був укладений договір доручення.

Тому потрібно вказати на те, що при реалізації сторонами повноважень за договором доручення відбуваються дуже великі ускладнення, якщо при цьому було видано одну або кілька довіреностей на його підставі.

Отже, можна зробити висновок, що довіреність — це письмове уповноваження, яке надається однією особою (довірителем) іншій особі (довіреному або представнику) для представництва перед третіми особами, яке не має зобов'язального характеру, виконується добросовісно, добровільно, безоплатно.

Таким чином, можна стверджувати, що зміст довіреності полягає саме в тому, що довіритель довіряє здійснення певних кількості юридичних дій іншій особі без оплати відповідних послуг. А довіреність, яка при цьому посвідчується нотаріусом або іншими зазначеними в законі особами, слід вважати доказом для третіх осіб, що передання повноважень представнику на вчинення відповідних у довіреності дій є законним.

У ст. 58 Закону України «Про нотаріат» йдеться про посвідчення та припинення дії доручень відповідно. Нотаріуси або посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, посвідчують доручення, складені від імені однієї або кількох осіб, на ім'я однієї особи або кількох осіб. Строк, на який може бути видано доручення, напряму визначається цивільним законодавством. Відповідно доручення, видане в порядку передоручення, підлягає нотаріальному посвідченню після подання основного документа, в якому зазначається право на передоручення, або після подання доказів того, що представник за основним дорученням змушений до цього обставинами для охорони інтересів особи, яка видала доручення. Доручення, видане в порядку передоручення, не може включати в себе більше прав, ніж їх було передано за основним дорученням. Тому, строк дії доручення, виданого за передорученням, не може перевищувати строку дії основного доручення, на підставі якого воно видане [4].

Але слід зазначити, що основним нормативним актом який стосується визначення правових понять потрібно вважати ЦК, який є найбільш точним та послідовним у цьому питанні. Кодекс однозначно визначає документом, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами, саме довіреність.

Доручення, за нормами ЦК, має іншу правову природу (гл.68) — це договір, за яким одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Тому на його підставі може бути видана довіреність. У договорі доручення або у виданій на підставі договору довіреності мають бути чітко визначені юридичні дії, які повинен вчинити повірений. Такі дії повинні бути правомірними, здійсненними та конкретними.

Висновки. Таким чином, «довіреність» і «доручення» являються різними видами представництва. Довіреність – це фіксація довіри довірителя представнику діяти від його імені та в його інтересах. А доручення – це є договір, щодо вчинення певної кількості дії. У Цивільному кодексі України передбачено також видання довіреності у порядку передоручення, але це ніяк не міняє суті довіреності, а тільки надання за аналогією довіреності довіреною особою іншим особам, якщо це напряму передбачено в довіреності довірителя.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цивільний кодекс України від 16 липня 2003 р. [станом на 17.12.2016 р.] // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – ст. 205.
2. Цивільний кодекс України від 16 липня 2003 р. [станом на 17.12.2016 р.] // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – ст. 245.
3. Цивільний кодекс України від 16 липня 2003 р. [станом на 17.12.2016 р.] // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – ст. 649.
4. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 № 3425-XII № 3538-IV (3538-15) від 02.11.2016// ВВР, 2016, № 35, ст.58.
5. Філик Н. В. Особливості інституту представництва в нотаріальному процесі / Н. В. Філик // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. – 2011. – № 4. – С. 60.
6. Сотнікова К. Представництво в нотаріальному процесі // Юриспруденція Теорія і практика // Центр правових досліджень. – 2011. – № 12(86). – С. 57.
7. Спасибо-Фатєєва І. В. Окремі проблеми представництва / І.В. Спасибо-Фатєєва // Мала енциклопедія нотаріуса – 2005. – № 52. – С. 35.
8. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Нотаріат в Україні. Теорія і практика: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. — К.: А.С.К., 2001. — с. 241.
9. Словник української мови / Академічний тлумачний словник// [Електронний ресурс]: режим доступу: http://sum.in.ua/s/doruchennja – с. 381.
10. Ліпов С. Що необхідно мати повіреному для представництва перед третіми особами // [Електронний ресурс]: режим доступу: http://zib.com.ua/ua/13361-dovirenist_chi_doruchennya_scho_neobhidno_mati_povirenomu_dl.html – с. 2.
11. Палінський І. Довіреність чи доручення? // [Електронний ресурс]: режим доступу: https://plus.google.com/+IhorPalinskiy/posts/hT6ALDLPbCL – с.1.

Стопчак Ростислав Олегович

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ПОНЯТИЙ ДОВЕРЕННОСТИ И ПОРУЧЕНИЯ В НОТАРИАЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ

В данной статье обращается внимание на необходимость более точного определения понятий «доверенность» и «поручения». Именно разграничение этих двух категорий, позволит более точно использовать данную терминологию на практике среди нотариусов и юристов. Акцентируется внимание на лексическом значении и толковании соответствующих понятий.

Ключевые слова: *доверенность, поручение, лексика, толкования.*

Stopchak Rostislav

THE DISTINCTION BETWEEN ATTORNEY AND NOTARY PROCESS ORDERS IN UKRAINE

This article draws attention to the need for a more precise definition of «power of attorney» and «order». This distinction between the two categories will enable a more precise use this terminology in practice of notaries and lawyers. Attention is focused on lexical meaning and interpretation of relevant concepts.

Keywords: *power of attorney, order, vocabulary, interpretation.*

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 оформленні 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
№ 4 / 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 30.06.2016 р. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Гарнітура «Helios». Друк офсетний.
Умовн.-друк. арк. 6,9. 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.