

КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА
Кафедра нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури

ЦИВІЛІСТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДУМКА

Науково-практичний журнал
№ 5/2016

Київ • 2016

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

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

Засновник

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Журнал рекомендовано до друку

Вченою радою юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Протокол № 4 від 26 грудня 2016 р.)

Відповідальні за випуск:

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

Адреса редакції:

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

ЗМІСТ

I НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Василик Ю.С. Складання нотаріусом проекту сімейного договору	6
Кузнець О.М. Окремі проблеми правового регулювання вчинення виконавчого напису на кредитному договорі	10
Панченко І.С. Особливості визначення предмета договору купівлі-продажу нерухомості	16

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Дика А.О. Способи захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб: судовий наказ та виконавчий напис нотаріуса (порівняльний аналіз).....	22
Ізарова І.О. Романо-канонічна модель цивільного процесу – основа загальноєвропейської традиції.....	31

III ВИКОНАВЧИЙ ПРОЦЕС

Малярчук Л.С. Актуальні проблеми запровадження та скасування тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України	35
Строкач І.І. Особливості примусового виконання рішень судів та виконавчих написів нотаріусів: порівняльний аспект та взаємодія нотаріусів і виконавців	39
Улетова Г.Д. Совершенствование законодательства об исполнительном производстве в Российской Федерации как необходимая составляющая эффективной судебной системы: куда двигаться дальше?(интервью)	45

IV АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС

Беспалов О. О., Рабовська С. Я. Стягнення середнього заробітку як спосіб захисту прав в адміністративному судочинстві	56
--	----

V АДВОКАТУРА

Веретенникова Т.А. Теоретичні аспекти консультативної діяльності адвоката	62
Дерій О.О. Актуальні питання представництва сторін виконавчого провадження адвокатом	68

VI ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Мелконян Н.Г. Реалізація принципу нотаріальної таємниці в нотаріальному процесі	72
--	----

VII НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ З ЦИВІЛІСТИЧНОГО ПРОЦЕСУ

Апробація. Науковий доробок Кучер Т.М. щодо «Теорії доведення у цивілістичному процесі» (на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка).....	76
--	----

CONTENTS

I NOTARI PROCESS

Vasilik J.S. Drafting by notary project of family agreement	6
Kuznets O.M. Certain problems of legal regulation of fulfillment of the notarial writ of execution on a loan agreement	10
Panchenko I.S. Features of the definition of the contract of sale of real estate	16

II CIVIL PROCESS

Dyka A.O. Methods for protecting civilian rights of physical and legal persons: court order and notary's executive inscription (comparative analysis)	22
Izarova I.O. Romano-canonian model of civil process - basis of general european tradition.....	31

III EXECUTIVE PROCESS

Malyarchuk L.S. Actual problems of implementation and cancellation of a temporary restriction of the right of a debtor to departure from Ukraine.....	35
Strokach I.I. Features of the primary implementation of decisions of judges and executive notes of notaries: comparative aspect and interaction of notarians and executors	39
Uletova G. D. Improvement of the Legislation on Enforcement in the Russian Federation as a Necessary Component of an Effective the Judicial System: where to go? (Interview)	45

IV ADMINISTRATIVE PROCESS

Bespalov A.A., Rabovska S.Y. A penalty of the average earning as method of protection of rights is in the administrative rule-making.....	56
--	----

V ADVOCACY

Veretennykova T.A. Theoretical aspects of advisory work of an attorney.....	62
Derii O.O. Actual issues concerning representation of parties as for enforcement proceedings by the attorney at law.....	68

VI TRIBUNE OF YOUNG SCIENTISTS

Melkonyan N. Implementation of the principle of notaryial secrets in the notarial process	72
--	----

VII SCIENTIFIC RESEARCH CONCERNING THE CIVILEZED PROCESS

Approbation. Scientific work Kucher T.M. «Proof teory in the civilistic process» (for obtaining the degree of Doctor of Law, Kyiv National Taras Shevchenko University).....	76
--	----

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ ВИДАННЯ

- 1) ФУРСА Світлана Ярославівна, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*головний редактор*);
- 2) СНІДЕВИЧ Олександр Станіславович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*заступник головного редактора*);
- 3) ДЕРІЙ Олена Олександрівна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*відповідальний секретар*);
- 4) ВІНЦИСЛАВСЬКА Марія Валеріївна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (*координатор по роботі з авторами зарубіжних країн*);
- 5) ДЗЕРА Олександр Васильович, доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, член-кореспондент Академії правових наук України;
- 6) КАРМАЗА Олександра Олександрівна, доктор юридичних наук, головний консультант Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України (*за її згодою*);
- 7) КЛИМЕНКО Оксана Михайлівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем розвитку національного законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України (*за її згодою*);
- 8) МАЙДАНИК Роман Андрійович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України, завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- 9) ПРИТИКА Юрій Дмитрович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- 10) ЩЕРБИНА Валентин Степанович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України, завідувач кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- 11) БОНДАРЄВА Марія Володимирівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- 12) ІЗАРОВА Ірина Олександрівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- 13) КУЧЕР Тетяна Миколаївна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- 14) БЕЛОГЛАВЕК Олександр (Alexander J. BĚLOHLÁVEK), Prof., Dr. et Mgr., Ing. (oec.), Dr.h.c. (м. Прага, Чеська республіка) (*за його згодою*);
- 15) ЕСПЛУГЕС Карлос (Carlos Esplugues), Prof. Dr., LL.M. (Harvard), MSc (Edinburgh), Full Professor of Private international law Faculty of Law, University of Valencia (м. Валенсія, Іспанія) (*за його згодою*);
- 16) ТРЕУШНІКОВ Михайло Костянтинович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Московського державного університету імені М.В. Ломоносова (м. Москва, Російська Федерація) (*за його згодою*);
- 17) ФЛАГА-ГЕРУЖИНСЬКА Кінга Андріївна (Kinga Andrejewna Flaga-Gieruszyńska), доктор юридичних наук, професор Щецинського університету (Dr hab., Professor of the University of Szczecin), завідувач кафедри цивільного процесу Щецинського університету (Department of Civil Procedure) (м. Щецин, Польща) (*за її згодою*);
- 18) ЯРКОВ Володимир Володимирович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Уральського державного юридичного університету, заслужений діяч науки і техніки РФ, член наукової ради Міжнародного союзу судових виконавців (м. Єкатеринбург, Російська Федерація) (*за його згодою*).

I НОТАРІАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Василик Юлія Сергіївна,
аспірант I року навчання
Київського університету права
Національної академії наук України

УДК 347.961.17

СКЛАДАННЯ НОТАРІУСОМ ПРОЕКТУ СІМЕЙНОГО ДОГОВОРУ

Стаття присвячена дослідженню особливостей укладення та нотаріального посвідчення договорів, які врегульовують сімейні правовідносини. Розглядається питання належності сторін та обов'язкових умов, дотримання яких є необхідним при укладенні сімейного договору. Особлива увага присвячена проблемам участі нотаріуса при складанні проекту сімейного договору та його нотаріального посвідчення.

Ключові слова: нотаріус, сімейний договір, посвідчення договорів, подружжя, сім'я.

Постановка проблеми. Сімейне життя є однією із найбільш важливих сфер людського життя, правовому регулюванню якої присвячена особлива увага законодавця. Особливо актуальним на сьогодні є аналіз проявів диспозитивності в сімейному праві, а також доцільності встановлених чинним законодавством меж правової свободи учасників сімейних правовідносин. У даному контексті важливого значення набуває необхідність детальнішої розробки інституту сімейного договору, зокрема у частині допомоги нотаріуса у складанні його проекту та здійснення нотаріального посвідчення.

Стосунки в сім'ї між її членами в силу їх особисто-довірчого характеру відносяться до числа таких, де суттєво обмежується застосування норм права. Вони визначаються насамперед не законом, а моральними правилами. Видаючи відповідні закони, держава прагне по можливості не втручатися в суто особисті відносини громадян, обмежуючись встановленням лише таких обов'язкових правил, які необхідні для зміцнення сім'ї, для здійснення і захисту прав і законних інтересів її членів. Саме тому особливого значення для громадян набуває можливість врегулювати сімейні стосунки на свій розсуд, уклавши відповідний договір. Чинне законодавство надає права учасникам сімейних відносин укладати такі договори як шлюбний договір, договір про сплату аліментів, договір сурогатного материнства, угоду про дітей і про майно, договір подружжя про надання утримання, договір про здійснення батьківських прав тощо.

У зв'язку з цим, метою статті є здійснення аналізу вимог, які ставляться чинним законодавством та науковцями до нотаріуса при складанні та посвідченні останнім тексту сімейного договору, а також формулювання власних пропозицій у досліджуваній сфері.

Виклад основного матеріалу. Дуже часто у осіб, які бажають укласти той чи

інший сімейний договір, виникають труднощі із складанням його тексту, який був би юридично коректним. Це спричиняє ризик виникнення проблемних та спірних ситуацій в процесі виконання умов такого сімейного договору. З метою уникнення такого роду проблем в Україні діє інститут нотаріату. Саме на нотаріуса покладена роль перевірки і контролю дотримання всіх необхідних умов та підстав для укладення того чи іншого сімейного договору, а також перевірки тексту нотаріально посвідчуваного сімейного договору на відповідність чинному законодавству. У зв'язку з цим, поширеними є випадки складання нотаріусом проекту сімейного договору, враховуючи побажання та інтереси обох сторін, із наступним його підписанням та здійсненням нотаріального посвідчення.

До сімейних договорів, окрім найпоширенішого шлюбного договору (гл. 10 СК України), належать: договори подружжя щодо умов та порядку надання утримання одне одному (ст. 78 СК України) або припинення права на утримання (ст. 89 СК України), договір батьків щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини (ч. 4 ст. 157 СК України), визначення місця проживання дитини у разі розірвання шлюбу, порядку участі у забезпеченні умов життя дитини того з батьків, хто буде проживати окремо (ч. 1 ст. 109 СК України), договір матері та батька про сплату аліментів на дитину (ст. 189 СК України), та про припинення права дитини на аліменти у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно (ст. 190 СК України), договір дружини та чоловіка про визначення порядку користування нерухомим майном (ст. 66 СК України) та про поділ нерухомого майна (ст. 68 СК України) тощо.

Для договорів у сімейному праві установлені спеціальні вимоги до суб'єктного скла-

ду та форми (письмова нотаріальна форма). Разом з тим, більшість питань у сфері укладення сімейних договорів вирішуються за допомогою загальних положень Цивільного кодексу України [1]. Таким чином, для того, щоб текст сімейного договору відповідав чинному законодавству, нотаріусу при складанні його проекту та посвідченні необхідно враховувати низку загальних (для усіх договорів) та специфічних (щодо конкретного виду сімейного договору) законодавчих вимог.

Основні вимоги щодо чинності правочинів встановлюються цивільним законодавством [2, с. 156]. Зокрема, для чинності сімейних договорів необхідно, щоб волевиявлення учасників було вільним і відповідало їх внутрішній волі; договір повинен бути спрямованим на реальне настання правових наслідків, які ним обумовлені; особа, яка укладає договір, повинна мати необхідний обсяг цивільної право- та дієздатності; договір має укладатися у формі, встановленій законом. Водночас, сімейно-правові договори не можуть суперечити вимогам закону та моральним засадам суспільства (ст. 9 СК України); договір, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч.ч. 2–6 ст. 203 ЦК України), тощо.

Конструкція сімейного договору складається з наступних елементів: суб'єктний склад договору, його умови (предмет, строк), права та обов'язки сторін, форма договору [3, с. 139].

При укладенні сімейного договору насамперед важливо встановити осіб, які можуть бути його сторонами. Перш за все, слід пам'ятати, що укласти певний сімейний договір може лише фізична особа, яка володіє необхідним, законодавчо передбаченим правовим статусом. Із урахуванням того, що договірне регулювання по суті являє собою саморегулювання учасниками відносин власної поведінки, можна зробити висновок про те, що суб'єктами (сторонами) договірного регулювання сімейних правовідносин можуть бути виключно суб'єкти сімейних правовідносин. Для учасників сімейних правовідносин характерним є те, що вони виступають у них не просто як громадяни, а у певному соціальному статусі – чоловіка, дружини, дитини, батька, брата, сестри, дідуся, бабусі, усиновителя, опікуна тощо. Саме тому правове регулювання сімейних договірних правовідносин залежить від сімейно-правового статусу особи, а для укладення певного сімейного договору сторони повинні бути наділені відповідним сімейно-правовим статусом. Наприклад, шлюбний договір може бути укладений виключно особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, або подружжям; договір про визначення місця проживання дитини – її батьками тощо.

В цей же час, нотаріусам слід звертати увагу на те, що СК закріплено право на укладення членами сім'ї як договорів, передбачених законодавством, так і тих, які прямо не передбачені законодавством, проте не суперечать йому.

Вірне визначення нотаріусом наявності право- та дієздатності осіб на укладення того чи іншого договору в майбутньому попередить можливість визнання його недійсним. При цьому, хибно видається думка, висловлена Пономаренко О.М. про те, що стороною договору про сплату аліментів на дитину являється дитина. Так, відповідно до ст. 189 СК України, договір про сплату аліментів на дитину укладається між батьками такої дитини. А за ст. 179 СК України, аліменти, одержані на дитину, є власністю того з батьків, на ім'я кого вони виплачуються, і мають використовуватися за цільовим призначенням. При цьому неповнолітня дитина має право брати участь у розпорядженні аліментами, які одержані для її утримання. Отже, дитина не є стороною договору про сплату аліментів, а являється третьою особою згідно такого договору, оскільки отримані кошти повинні витратитися саме на утримання дитини [4].

Таким чином, сторонами сімейного договору є фізичні особи, чії суб'єктивні права реалізуються в процесі його укладення і виконання. Проте у багатьох випадках договірне регулювання стосується інтересів третіх осіб, які не беруть участі в укладенні договору та визначенні його умов. Це посилює важливість прискіпливого ставлення нотаріуса при формулюванні проекту даного виду договорів.

Слушно є думка про те, що сімейний договір може бути укладений між фізичними особами, які наділені визначеним об'ємом правосуб'єктності і необхідним сімейно-правовим статусом [4].

Істотними умовами сімейного договору можна вважати предмет, строк та інші, які необхідні для договорів даного виду.

Широкі границі диспозитивності у сімейному праві дозволяють нотаріусу при складанні проекту сімейного договору максимально враховувати інтереси та побажання сторін. Разом з цим, слід пам'ятати про недопустимість погіршення умовами договору становища його учасників чи інших осіб в частині прав та гарантій, передбачених законодавством про шлюб та сім'ю. Договірна свобода обмежується лише суттєвими для регулювання майнових правовідносин подружжя рамками (такими як встановлений законодавством розмір аліментів на дітей, не включення у шлюбний договір положень, які ставлять одного із подружжя у надзвичайно невідгідне матеріальне становище тощо), а також пріоритетами охорони та захисту прав дитини, охорони материнства та батьківства.

Шлюбно-сімейне законодавство закріплює низку інших особливостей, яких слід дотримуватися нотаріусу при складанні проекту сімейного договору. Втручання у сімейні відносини потребує високого ступеня відповідальності та безумовного дотримання морально-етичних принципів. В першу чергу це особистий, безвідплатний характер договору (за винятком договору сурогатного материнства).

Сімейний кодекс, як уже було зазначено, надає досить значну свободу для включення в сімейний договір тих чи інших умов. Договір може бути коротким і вміщатися на одному аркуші паперу, а може займати і десятки сторінок. Обидва варіанти можуть бути прийнятими в різних випадках, все залежить від того, які особи та з якою метою укладають сімейний договір. В обох випадках є певний набір загальних правил, яких слід дотримуватися при складанні сімейного договору.

Змістом окремих видів сімейних договорів є лише майнові права та обов'язки (шлюбний, аліментний договір). Так, наприклад, предметом шлюбного договору є лише майнові відносини між подружжям. В окремих випадках шлюбний договір може містити умови майнового та немайнового характеру (наприклад, договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини – ч. 4 ст. 157 СК України). Але такий шлюбний договір може бути посвідчений з урахуванням ч. 2 ст. 628.ЦК, де регламентовано такий вид договору як змішаний, тобто коли до відносин сторін застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі. Про що писали такі вчені як Фурса С. Я., Фурса Є. І [8], Нікітюк О. М. [9].

Сімейний договір може укладатися як безстроково, так і на певний строк, залежно від виду того чи іншого договору. Строки сімейних договорів самостійно визначаються учасниками договірних правовідносин. Так, у договорі про сплату аліментів на дитину батьки визначають строки їх виплати (ст. 189 СК України), у шлюбному договорі може бути встановлено загальний строк його дії, а також строки тривалості окремих прав та обов'язків, може бути встановлена чинність договору або окремих його умов і після припинення шлюбу (ст. 96 СК України).

Договором, який в цілому укладається безстроково, можуть бути встановлені строки існування тих чи інших прав чи обов'язків, враховуючи їх специфіку. Так, наприклад, речові права являються безстроковими. Тому сторони у шлюбному договорі чи у договорі про поділ майна визначають, що право на ту чи іншу річ буде належати одному із подружжя безстроково. Проте договором можна встановити, що право власності на ту чи іншу річ належатиме одному із по-

дружжя, проте після спливу визначеного періоду часу (чи настанні певних умов) дана річ перейде у спільну сумісну власність подружжя чи у власність іншого із подружжя. По відношенню ж до зобов'язальних прав, то встановлення строків їх існування нічим не обмежене. Наприклад, можна встановити, що несення сімейних видатків здійснюється кожним із подружжя по чергово протягом визначеного періоду часу [5].

Для того, щоб визначити, які умови потрібно включити у сімейний договір, потрібно звернути увагу на те, з якою метою він укладається. Така мета багато в чому залежить від того, на якій стадії шлюбних відносин укладається договір.

Нотаріус повинен розмежовувати власні інтереси та інтереси осіб, які звернулися до нього, керуючись тим, щоб саме інтереси останніх були якнайкраще забезпечені.

Водночас варто зазначити, що основним критерієм повинна бути об'єктивність. Нотаріус не може вчиняти нотаріальні дії на своє ім'я та від свого імені, на ім'я та від імені свого чоловіка чи своєї дружини, його (її) та своїх родичів (батьків, дітей, онуків, діда, баби, братів, сестер), а також на ім'я та від імені працівників нотаріальної контори, працівників, які знаходяться у трудових стосунках із нотаріусом.

Що стосується етичних аспектів поведінки нотаріуса конкретно при спілкуванні із особами, які до нього звернулися з метою складання та посвідчення сімейного договору, то можна визначити наступні законодавчі вимоги.

По-перше, нотаріус зобов'язаний поважати права осіб, за дорученням яких вчиняється нотаріальна дія, знайомитися з усіма необхідними документами, поданими для її вчинення.

З метою надання кваліфікованих та якісних послуг членам сім'ї, які звернулися за посвідченням сімейного договору, нотаріус повинен ґрунтовно володіти знаннями у даній сфері, знати специфіку укладення відповідних договорів та вимоги чинного законодавства. Для цього нотаріус зобов'язаний постійно підвищувати рівень своєї компетентності. Нотаріус повинен усвідомлювати межі своїх знань із предмета, не перебільшувати значущості власних послуг для осіб.

Нотаріус зобов'язаний діяти сумлінно і чесно як неупереджений радник. Він має утримуватися від втручання особисте життя осіб, які звернулися до нього, а також не надавати порад, що виходять за межі його професії та не пов'язані з характером їхнього звернення [6, с. 15].

Безумовно, укладення сімейного договору є важливим рішенням у житті кожної особи. Тому логічним є бажання осіб отримати консультації з питань вчинення відповідних нотаріальних дій у іншого нотаріуса чи в іншої компетентної особи. Це жодним чином

не може відобразитися на ставленні нотаріуса до своїх клієнтів у подальшому та не повинне слугувати причиною для відмови у нотаріальному посвідченні сімейного договору.

Проте у випадку будь-яких обставин чи умов, які можуть загрожувати якості його послуг, нотаріус зобов'язаний утримуватися від виконання своїх обов'язків.

Для вдалого формулювання умов сімейного договору та виявлення при цьому усіх обставин справи і побажань сторін необхідним є встановлення психологічного контакту клієнта із нотаріусом. Нотаріус, як особа яка надає послуги на професійній основі, зобов'язаний встановити довірливі відносини зі своїми клієнтками, проявляти терпіння, ввічливість та тактовність у відносинах з ними, з ким він взаємодіє в межах професійного та особистого кола спілкування, не допускаючи вияву неповаги до людей та до їх законних інтересів, а також дотримуватися культури мови, поведінки, зовнішнього вигляду.

Слід пам'ятати, що сімейний договір повинен відповідати саме інтересам сторін у рівній мірі. При укладенні сімейного договору мають значення саме законні інтереси членів сім'ї, які звернулися до нотаріуса. Єдине можливе обмеження – вимоги законодавства. Тому в жодному разі нотаріус не повинен піддаватися тиску третіх осіб, впливу політичної кон'юнктури тощо при посвідченні сімейного договору.

Нотаріус повинен з повагою ставитися до моральних цінностей і особистих переконань осіб, які до нього звертаються, та намагатися знайти персональний підхід до кожного клієнта.

Для того, щоб укладений та посвідчений сімейний договір не став у подальшому предметом судового спору, нотаріус повинен також провести якісну роз'яснювальну роботу. Він зобов'язаний надати особам, які до нього звернулися, пояснення, необхідні для правильного розуміння та оцінки вчинюваної ними нотаріальної дії. Необхідно інформувати клієнтів про природу дій, що вчинятимуться, про можливі правові наслідки, а також про особливості, властиві вчинюваної нотаріальної дії, а також про обсяг дій, проведення яких є необхідним.

У спілкуванні з особами, які до нього звертаються, нотаріус зобов'язаний сприяти їм у здійсненні прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права та обов'язки, попереджувати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду.

Обов'язки перед клієнтом – є найсуттєвішими обов'язками нотаріуса. Завданням нотаріуса є допомога особам відповідно до чинного законодавства та їх дійсних намірів, вчинити на їх прохання ту чи іншу нотаріальну дію.

Значення професійної етики нотаріуса полягає передусім в особливому довірчому

характері стосунків між нотаріусом та особами, які звернулися до нього за правовою допомогою. Саме тому нотаріус повинен уникати ситуацій, пов'язаних із конфліктом інтересів, а також спокуси використати будь-яким чином інформацію про особисте життя осіб, яка стала йому відома.

З метою уникнення непорозумінь потрібно також відразу інформувати клієнтів про розмір тарифу (плати) за вчинення нотаріальної дії – посвідчення відповідного виду договору.

Таким чином, для посвідчення нотаріусом сімейних договорів необхідними є як досконале знання чинного законодавства, так і його незацікавленість та чесність при виконанні своїх обов'язків. Саме нотаріусу особи повіряють свої таємниці та від нього чекають зваженої та обгрунтованої юридичної поради. Як слушно зазначив російський науковець Ярков В.В., у цьому плані нотаріус, який бесідує наодинці зі своїми клієнтами з приводу їх приватних справ, схожий на священика, який сповідує віруючого [7, с. 352].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Пунько Т.Н. Договорное регулирование брачно-семейных отношений / Т.Н. Пунько // Материалы Междунар. науч. – практ. конф., посвященной 90-летию профессора В.Ф. Чигира (Минск, 4–5 ноября 2014 г.) / редкол.: И.Н. Колядко (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Право и экономика, 2014. – С. 190–191.
2. Ахмач Г.М. Вплив цивільного права на регулювання договірних правовідносин членів сім'ї / Г.М. Ахмач // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. – 2009. – Вип. 51. – С. 151–157.
3. Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції / А.О. Дутко // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – Вип. 3. – С. 135–142.
4. Пономаренко О.М. Суб'єкти договорного регулювання семейних отншоений / О.М. Пономаренко // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. – 2015. – Вип. 23. – С. 87–93.
5. Гонгало Б.М., Крашенинников П.В. Содержание брачного договора // Семейное и жилищное право. – 2005. – № 4. – С. 26–27.
6. Черниш В.М. Питання деонтології в нотаріальній діяльності / В.М. Черниш // Юридична Україна. – 2014. – № 1. – С. 14–19.
7. Ярков В.В. Нотариальное право России. – М.: ВолтерсКлувер, 2003. – 408 с.
8. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Сімейне право: Нотаріат Адвокатура Суд. – К.: Видавець Фурса С.Я., 2005. – С.
9. Нікітюк О.М. Охорона і захист права спільної сумісної власності подружжя в цивільно-правовій процесі // автореф. канд. юрид. наук (12.00.03). – К., 2017. – с. 18.

Василик Юлия Сергеевна
СОСТАВЛЕНИЕ НОТАРИУСОМ ПРОЕКТА СЕМЕЙНОГО ДОГОВОРА

Статья посвящена исследованию особенностей заключения и нотариального удостоверения договоров, регулирующих семейные правоотношения. Рассматривается вопрос надежности сторон и обязательных условий, соблюдение которых необходимо при заключении семейного договора. Особое внимание уделено проблемам участия нотариуса при составлении проекта семейного договора и его нотариального удостоверения.

Ключевые слова: нотариус, семейный договор, удостоверение договоров, супруги, семья.

Vasilik Julia
DRAFTING BY NOTARY PROJECT OF FAMILY AGREEMENT

The subject of the article is to investigate the features making and notarization of agreements that regulate family relationship. Analyzed the question of identity of the parties and the mandatory conditions, which are binding a family contract. Special attention is devoted to the problems of the notary participation in the drafting family contract and notarization.

Keywords: notary, marital contract, license agreements, marriage, family.

Кузнець Олександр Миколайович,
кандидат юридичних наук, адвокат

УДК 347.9

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВЧИНЕННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПISУ НА КРЕДИТНОМУ ДОГОВОРІ

Стаття присвячена окремим проблемам вчинення виконавчого напису нотаріусом на кредитному договорі. Узагальнено наукові підходи та судову практику щодо підстав вчинення виконавчого напису нотаріусом на кредитному договорі. Проведено аналіз чинного законодавства України та законодавства Української РСР стосовно правової регламентації випадків та умов вчинення виконавчих написів нотаріусом. Зазначається про необхідність дотримання вимог Цивільного кодексу України щодо визначення випадків вчинення виконавчого напису нотаріусом виключно законом, а не підзаконним нормативним актом. Доведено, що постановою уряду, в силу того, що вона є підзаконним нормативним актом, не може встановлювати випадки вчинення виконавчих написів.

Ключові слова: борговий документ, безспірний порядок, виконавчий напис; кредитний договір; визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Сьогодні все більшого поширення набуває застосування такого засобу позасудового захисту цивільних прав юридичних та фізичних осіб як вчинення виконавчого напису нотаріусом.

Правову природу виконавчого напису неодноразово досліджували вітчизняні вчені: Фурса С.Я., Фурса Є.І., Радзівєвська П.К., Комаров В.В., Єрух А.М., Безсмертна Н.В. та ін. Предметом їх досліджень були, зокрема, поняття «виконавчого напису», форма, загальні умови його вчинення нотаріусом, вчинення виконавчих написів на окремих документах, що підтверджують безспірну заборгованість.

Проте, проблеми вчинення виконавчого напису на кредитних договорах не були предметом належного правового аналізу. Хоча, як показує практика, вони мають місце і потребують якнайшвидшого їх правового врегулювання з метою недопущення порушення прав та інтересів учасників цивільних правовідносин.

Аналіз судової практики свідчить, що у переважній більшості випадків, при оспорюванні виконавчих написів, позивачі звертаються з позовом про визнання їх такими, що не підлягають виконанню з тих підстав, що суми, на які вчинено виконавчий напис не є безспірними, стягувач не надав нотаріусу усі документи, які підтверджують заборгованість, пропущений строк вчинення виконавчого напису тощо.

А взагалі чи має право нотаріус вчиняти виконавчий напис на кредитному договорі за чинного правового регулювання?

Наведемо такий приклад. У 2009 році особа уклала кредитний договір з банківською установою, за яким вона зобов'язувалася повернути кредит у строк, визначений договором. У подальшому сторони за взаємною згодою додатковими угодами неодноразово продовжували термін повернення кредиту. У 2016 році банк звернувся до особи з вимогою дострокового погашення тіла

кредиту у зв'язку з невиконанням умов договору, а пізніше на кредитному договорі було вчинено виконавчий напис нотаріуса про повернення основної суми боргу.

На думку автора вчинення виконавчого напису нотаріусом кредитному договорі за існуючого правового регулювання є незаконним.

Для належного обґрунтування такого висновку необхідно також проаналізувати, як цей інститут був урегульований в Українській РСР, що запозичив законодавець України із правового регулювання, що мало місце раніше, та які новели щодо регулювання вчинення виконавчого напису були ним запроваджені.

ЦК Української РСР 1963 року не містив норми, яка б окремо передбачала можливість захисту цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису.

Питання вчинення виконавчого напису регламентувалися Законом Української РСР від 25 грудня 1974 року № 3377-VIII «Про державний нотаріат», згідно з частиною 1 статті 69 якого державний нотаріус для стягнення грошових сум або витребування від боржника майна вчиняє виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість. Відповідно до частини 3 цієї статті Перелік документів, по яких стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів, встановлюється законодавством Союзу РСР і Української РСР.

На виконання зазначеної норми Постановою Ради Міністрів УРСР від 12 жовтня 1976 року № 483 було затверджено «Перелік документів, по яких стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів державних нотаріальних контор».

Перелік № 483 передбачав, зокрема, можливість вчинення виконавчого напису у разі стягнення заборгованості з підстав, що випливають з розрахункових і кредитних відносин» (розділ II), а також стягнення заборгованості за товари, куплені в кредит, за індивідуальне пошиття одягу на умовах оплати матеріалів ательє і майстерень у кредит (розділ III).

2 вересня 1993 року був прийнятий Закон України «Про нотаріат» № 3425-XII у який, фактично, без суттєвих змін, перейшли положення попереднього закону щодо умов здійснення виконавчого напису. Зокрема, статтю 87 Закону № 3425-XII встановлено, що для стягнення грошових сум або витребування від боржника майна нотаріуси вчиняють виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

У 1999 році (за дії Цивільного кодексу Української РСР 1963 року) була прийнята

постанова Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172, якою затверджено Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів (далі – Перелік). При цьому, Перелік уже не передбачав ні стягнення заборгованості з підстав, що випливають з розрахункових і кредитних відносин, ні стягнення заборгованості за товари, куплені в кредит, за індивідуальне пошиття одягу на умовах оплати матеріалів ательє і майстерень у кредит.

1 січня 2004 року вступив у дію Цивільний кодекс України. Статтею 18 цього Кодексу передбачено, що нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. Така редакція норми, на думку Н. В. Безсмертної, свідчить про те, що застосування цієї нотаріальної форми захисту носить обмежувальний характер [1].

У листопаді 2014 року постановою Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2014 року № 662 внесено зміни до Переліку. Після розділу «Стягнення заборгованості за нотаріально посвідченими договорами» його було доповнено новим розділом такого змісту:

«Стягнення заборгованості з підстав, що випливають з кредитних відносин.

2. Кредитні договори, за якими боржниками допущено протрочення платежів за зобов'язаннями.

Для одержання виконавчого напису додаються:

а) оригінал кредитного договору;
б) засвідчена стягувачем виписка з рахунка боржника із зазначенням суми заборгованості та строків її погашення з відміткою стягувача про непогашення заборгованості.»

Чи достатньо включення кредитного договору до Переліку для здійснення виконавчого напису нотаріуса?

На думку Безсмертної Н. В. для вчинення виконавчого напису необхідна сукупність умов, за відсутності будь-якої з них вчинення виконавчого напису не є можливим. Так, при вчиненні виконавчого напису нотаріус повинен перевірити:

- чи входить дана справа до Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів;
- чи не пропущені строки, протягом яких може бути вчинений виконавчий напис;
- чи подані на обґрунтування стягнення всі документи, зазначені у Переліку [2].

Мельник І. С. зазначає, що перелік документів, як і власне підстав для застосування виконавчого напису в механізмі захисту прав, визначено постановою Кабінету Міні-

стрів України «Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів» від 29 червня 1999 року № 1172[3].

Ю. Желіховська вважає, що стягнення за виконавчим написом нотаріусів допускається у випадках, передбачених чинним законодавством. Такі підстави перераховані у Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 р. № 1172[4].

Господарський суд при розгляді справи № 910/21253/16 зазначив, що відповідно до статті 87 Закону України «Про нотаріат» Кабінету Міністрів України делеговано право визначати перелік документів за якими стягнення заборгованості проводиться у безспірному порядку, а доводів про визнання нечинною чи протиправною постанови Кабінету Міністрів України, якою затверджено Перелік, до не надано. Виходячи з наведеного суд дійшов висновку, що вчинення виконавчого напису було здійснено законно[5].

Як видно, і суд, і окремі науковці вважають, що вчинення виконавчих написів на кредитному договорі є правомірним, так як Переліком передбачений такий випадок вчинення виконавчих написів нотаріусом.

На думку автора, включення кредитного договору до Переліку не дає підстав для вчинення виконавчого напису на ньому, так як Перелік не є тим правовим актом, який може визначати випадки вчинення виконавчих написів, у тому числі й на кредитному договорі.

Як уже зазначалося вище, відповідно до статті 18 Цивільного кодексу України нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом.

Згідно зі статтею 4 Цивільного кодексу України, основу цивільного законодавства України становить Конституція України. Основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та цього Кодексу (далі – закон). Відповідно до частини 4 статті 4 Цивільного кодексу України, актами цивільного законодавства є також постанови Кабінету Міністрів України. Якщо постанова Кабінету Міністрів України суперечить положенням цього Кодексу або іншому закону, застосовуються відповідні положення цього Кодексу або іншого закону.

Законодавець не ототожнює закони з постановами Кабінету Міністрів України, це різні види актів цивільного законодавства.

Цивільний кодекс чітко виокремлює закони та інші акти законодавства.

Автор погоджується з позицією Фурси С.Я., Фурси Є.І., які, аналізуючи статтю 18 Цивільного кодексу України, зазначають, що «...нотаріус здійснює вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку встановленому законом, але не робиться посилання на конкретний закон. Отже випадки вчинення виконавчих написів нотаріусом мають встановлюватися законом» [6].

Відповідно до статті 87 Закону України «Про нотаріат» для стягнення грошових сум або витребування від боржника майна нотаріуси вчиняють виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Статтею 88 визначено умови вчинення виконавчих написів. Зокрема, передбачено, що нотаріус вчиняє виконавчі написи, якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем та за умови, що з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року. Якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом встановлено інший строк давності, виконавчий напис видається у межах цього строку.

Главою 14 Закону України «Про нотаріат» регламентовано також зміст виконавчого напису, строк пред'явлення виконавчого напису до виконання, Порядок стягнення за виконавчим написом.

Таким чином, Закон України «Про нотаріат» урегульовує порядок вчинення нотаріальних дій, і не встановлює випадків вчинення виконавчих написів на боргових документах. Перелік, в силу того, що він є підзаконним нормативним актом, також може визначати тільки порядок, процедуру вчинення виконавчих написів. Ототожнювати його із законом, який визначає випадки вчинення виконавчих написів безпідставно.

Подібної позиції дотримується й Вищий адміністративний суд України. В ухвалі від 24 листопада 2015 року у справі за адміністративним позовом фізичних осіб до Кабінету Міністрів України (за участю третіх осіб: Нотаріальної палати України, ОСОБА_5) про визнання незаконним та скасування пунктів 1, 2 постанови Кабінету Міністрів України №662 від 26 листопада 2014 року (справа № 826/20084/14) він дійшов висновку, що Перелік, через призму пункту 19 частини 1 статті 34, статей 87, 88 Закону України «Про нотаріат» урегульовує порядок захисту права, тобто за своєю правовою природою є підзаконним актом процесуального права[7].

Отже, оскільки законом України не встановлено випадку вчинення виконавчого напису на кредитному договорі, а визначення такого випадку постановою Кабінету Міністрів України суперечить приписам основного акту цивільного законодавства – Цивільного кодексу України, то, на думку автора, у випадку звернення до нотаріуса з вимогою про вчинення виконавчого напису на кредитному договорі останній, на підставі пункту 1 частини 1 статті 49 Закону України «Про нотаріат», повинен відмовити у вчиненні нотаріальної дії, а суд, в свою чергу, який розглядає позов про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, повинен цей позов задовольнити.

Слід зазначити, що під час нового розгляду справи № 826/20084/14 Київський апеляційний адміністративний суд 22 лютого 2017 року прийняв постанову, якою визнав, зокрема, незаконними пункти 1 та 2 постанови Кабінету Міністрів України № 662 від 26 листопада 2014 року [8]. У мотивувальній частині судового рішення суд послався на необхідність визнання постанови Кабінету Міністрів України нечинною з моменту її прийняття, хоча у резолютивній частині це свого відображення не знайшло,⁸ що, очевидно, викликатиме, певні труднощі при застосуванні судового рішення на практиці. Однак, на думку автора, достатньо правових підстав для висновку про протиправність вчинення виконавчого напису нотаріусом навіть за дії спірної постанови Кабінету Міністрів України.

Якщо проаналізувати вчинення виконавчих написів на інших боргових документах, то ми побачимо, що їх випадки передбачені саме законами, а не підзаконним нормативним актом.

Так, згідно з частиною 6 статті 19 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» стягнення заборгованості по орендній платі провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Відповідно до статті 13 Закону України «Про аграрні розписки» у разі невиконання боржником за аграрною розпискою зобов'язань за аграрною розпискою у вказаний у ній строк кредитор за аграрною розпискою має право звернутися до особи, уповноваженої вчиняти нотаріальні дії, за вчиненням виконавчого напису, який підлягає негайному виконанню і на підставі якого орган або особа, що здійснює примусове виконання судових рішень, рішень інших органів протягом семи днів забезпечує передачу кредитору за аграрною розпискою предмета застави аграрної розписки.

Згідно з частиною першою та третьою статті 33 Закону України «Про іпотеку» у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання іпотекодержатель вправі задовольнити свої

вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. Право іпотекодержателя на звернення стягнення на предмет іпотеки також виникає з підстав, встановлених статтею 12 цього Закону. Звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя.

Зважаючи на принцип свободи договору та аналогії арбітражному застереженню, можливість вчинення виконавчого напису на договорі може бути передбачено власне у договорі. Тому, у разі відсутності прямої вказівки у законі, що такі правовідносини можуть вирішуватися шляхом виконавчого напису та при відсутності такої умови у договорі, сьогодні не можна вести мову про універсальність виконавчого напису для вирішення спірних ситуацій[9].

Судова практика підтверджує незаконність вчинення виконавчих написів нотаріусом у випадку, коли на момент укладання відповідного договору законодавство не передбачало такої можливості.

Проаналізуємо господарську справу № 910/29732/15 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Альта Експерт» до Публічного акціонерного товариства «СБЕРБАНК» за участю третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог на предмет спору на стороні відповідача: приватного нотаріуса Київського міського нотаріального округу Верховської Олени Володимирівни, Відділу примусового виконання рішень Департаменту державної виконавчої служби Міністерства юстиції України за участю третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору на стороні позивача Товариства з обмеженою відповідальністю «Фудмаркет» про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Рішенням господарського суду міста Києва від 11 лютого 2016 року, залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду від 14 червня 2016 року, постановою Вищого господарського суду України від 17 серпня 2016 року, позов задоволено повністю. Визнано виконавчий напис, вчинений приватним нотаріусом на договорі застави, таким, що не підлягає виконанню.

У цій справі, судами встановили, що 14 вересня 2011 року між Товариством з обмеженою відповідальністю «Альта Експерт» (заставодавець) та Публічним акціонерним товариством «Дочірній банк СБЕРБАНКУ Росії» (після зміни найменування – Публічне акціонерне товариство «СБЕРБАНК») (заставодержатель) було укладено Договір застави, відповідно до умов якого в забезпечення виконання зобов'язань Товариства з обмеженою відповідальністю «Фудмаркет» (боржник), які впливають із договору про

відкриття кредитної лінії № 115-Н/11/29/КЛ від 14 вересня 2011 року, заставодавець передав заставодержателю в заставу певне майно.

На момент укладення договору про відкриття кредитної лінії у статті 26 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» не було передбачено такого позасудового способу звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження, як реалізація заставленого майна на підставі виконавчого напису нотаріуса, а тому вчинений виконавчий напис нотаріуса не може підлягати виконанню. Тобто звернення стягнення на предмет застави на підставі виконавчого напису нотаріуса не відповідає вищезазначеним вимогам Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Аналогічної правової позиції дотримується і Верховний суд України у своїй постанові від 9 липня 2014 року у справі № 6–89цс14.

У вказаній справі судом встановлено, що частина 3 статті 6 ЦК України передбачає, що сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

У статті 26 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», який визначає правовий режим регулювання обтяжень рухомого майна, встановлених з метою забезпечення виконання зобов'язань, у редакції, яка була чинною на час виникнення спірних правовідносин, наведено вичерпний перелік позасудових способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження. При цьому звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження на підставі виконавчого напису нотаріуса Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» (у редакції, яка була чинною на час виникнення спірних правовідносин) не передбачено.

Згідно із частиною 2 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», який набрав чинності 18 листопада 2003 року № 1255-IV законодавчі та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Законом, застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону.

Отже, норми Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» є спеціальними відносно Закону України «Про заставу». Пункт 5 частини 1 статті 26 Закону України «Про забезпе-

чення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», яким передбачено позасудовий спосіб звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження шляхом реалізації заставленого майна на підставі виконавчого напису нотаріуса було доповнено на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг», який набрав чинності 16 жовтня 2011 року. У пункті 2 Прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» зазначено, що дія цього Закону не поширюється на кредитні договори, укладені до набрання ним чинності.

Положення Закону України «Про заставу» у частині здійснення звернення стягнення на предмет застави на підставі виконавчого напису нотаріуса не підлягають застосуванню до спірних правовідносин як такі, що суперечать нормам Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» (у редакції, яка була чинною на момент виникнення спірних правовідносин) щодо позасудових способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження [10].

Відповідно до статті 58 Конституції України, закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Згідно зі статтю 5 Цивільного кодексу України акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності. Акт цивільного законодавства не має зворотної дії у часі, крім випадків, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи.

У наведеному вище прикладі, законодавство, що регулювало кредитні взаємовідносини також не передбачало можливості позасудового стягнення за кредитним договором, зокрема, за виконавчим написом нотаріуса. Не містив відповідних умов і сам кредитний договір. При укладанні договору обидві сторони розуміли, що в разі несплати за кредитним договором, питання щодо стягнення відповідних сум може бути вирішено виключно в судовому порядку, як це передбачали положення договору.

Крім того, показовою з приводу порушеної проблеми є практика Європейського суду з прав людини.

Так, у рішенні від 10 грудня 2009 року справі «Михайлюк та Петров проти України» (Mikhaylyuk and Petrov v. Ukraine), заява № 11932/02, вказано: «Суд нагадує, що вираз «згідно із законом» насамперед вимагає, щоб оскаржуване втручання мало певну підставу в національному законодавстві; він також стосується якості відповідного законо-

давства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права (див., серед багатьох інших, рішення у справі «Полторацький проти України» (Poltoratskiy v. Ukraine) від 29 квітня 2003 року, заява № 38812/97, п. 155).

Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції передбачає, що будь-яке втручання державного органу в мирне володіння майном повинно бути законним. У пункті 1 зазначено, що позбавлення власності можливе тільки «на умовах, передбачених законом», а пункт 2 визнає, що держави мають право здійснювати контроль за використанням майна шляхом введення в дію «законів». Більше того, верховенство права, один з основоположних принципів демократичного суспільства, притаманне всім статтям Конвенції. Таким чином, питання, чи було дотримано справедливого балансу між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав окремої особи, виникає лише тоді, коли встановлено, що оскаржуване втручання відповідало вимозі законності та не було свавільним (див. рішення у справі «Ятрідіс проти Греції» (Iatridis v. Greece) [ВП], заява № 31107/96, п. 58, ECHR1999-II)[11, с. 13–17].

Вимога законності передбачає, щоб втручання у право власності особи було у відповідності до вимог закону та не було свавільним, а відтак вчинення виконавчого напису на підставі рішення неуповноваженого державного органу є свавільним та протизаконним втручанням у право власності особи.

Підсумовуючи викладене можна зробити висновок, що вчинення виконавчого напису на кредитному договорі у нашому випадку є незаконним з таких підстав:

- законом не передбачено такий випадок вчинення виконавчого напису. При цьому не має значення, постанова Кабінету Міністрів України № 662 від 26 листопада 2014 року є нечинною з часу її прийняття чи з часу набрання судовим рішенням законної сили;

- згідно з умовами кредитного договору вирішення спорів має вирішуватися в судовому порядку, на час його укладання ні закон, ні сам договір не встановлював можливості застосування позасудового стягнення заборгованості в безспірному порядку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Безсмертна Н.В. Виконавчий напис як один із способів захисту суб'єктивних цивільних прав. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://vuzlib.com/content/view/1200/>.

2. Безсмертна Н.В. – Там же.

3. Мельник І.В. Окремі проблемні аспекти вчинення виконавчих написів щодо стягнення заборгованості з орендної плати за користування державним чи комунальним майном. [Електронний ресурс] – Режим доступу: [file:///C:/Users/Roman/Downloads/evpe_2014_1_23%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Roman/Downloads/evpe_2014_1_23%20(2).pdf)

4. Желіховська Ю. Виконавчий напис як засіб захисту цивільних прав нотаріусом. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.yurradnik.com.ua/.../men05_2011_c157_Zhelihovskaj.doc.

5. Рішення Господарського суду м. Києва від 21 лютого 2017 року у справі № 910/21253/16 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65082635>.

6. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Виконавчий напис нотаріуса та господарське судочинство: старі і нові проблеми. – Збірник наукових статей «Цивілістична процесуальна думка», за заг. редакцією проф. Фурси С.Я. – Видавець Паливода А.В. – К., 2012.

7. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 24 листопада 2015 року у справі № К/800/24829/15. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53972347>.

8. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 22 лютого 2017 року у справі № 826/20084/14 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65037659>.

9. Фурса С.Я., Фурса Є.І. – Там же.

10. Постанова Вищого господарського суду України від 17 серпня 2016 р у справі №910/29732/15. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59846129>.

11. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві. Науково-методичний посібник для суддів 2-ге вид. випр., допов. – К., 2015 – С. 13–17.

Кузнец Александр Николаевич

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СОВЕРШЕНИЯ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ НАДПИСИ НОТАРИУСА НА КРЕДИТНОМ ДОГОВОРЕ

Статья посвящена отдельным проблемам совершения исполнительной надписи нотариусом на кредитном договоре. Обобщены научные подходы и судебная практика по поводу оснований совершения исполнительной надписи нотариусом на кредитном договоре. Проведен анализ действующего законодательства Украины и законодательства Украинской ССР относительно правовой регламентации случаев и условий совершения исполнительной

них надписей нотариусом. Отмечается необходимость соблюдения требований Гражданского кодекса Украины в части определения случаев совершения исполнительной надписи нотариусом исключительно законом, а не подзаконным нормативным актом. Доказано, что постановление правительства, в силу того, что оно является подзаконным нормативным актом, не может устанавливать случаи совершения исполнительных надписей.

Ключевые слова: долговой документ, бесспорный порядок, исполнительная надпись; кредитный договор; признание исполнительной надписи не подлежащей исполнению.

Kuznets Olexander

CERTAIN PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF FULFILLMENT OF THE NOTARIAL WRIT OF EXECUTION ON A LOAN AGREEMENT

The article is devoted to certain problems of fulfillment of the notarial writ of execution on the loan agreement. The scientific approaches and judicial practice concerning the grounds for the fulfillment of the notarial writ of execution on a loan agreement are generalized. The analysis of the current legislation of Ukraine and the legislation of the Ukrainian SSR regarding the legal settlement of cases and conditions for the fulfillment of the notarial writ of execution is carried out. It is noted that it is necessary to comply with the requirements of the Civil Code of Ukraine in terms of determining cases of fulfillment of the notarial writ of execution exclusively by law, and not by a subordinate regulatory act. It is proved that the government resolution, by virtue of the fact that, it is a subordinate regulatory act, cannot establish cases of fulfillment of the writ of execution.

Keywords: document of indebtedness, indisputable order, writ of execution; loan agreement; Recognition that the writ of execution is not the subject to fulfillment.

Панченко Ірина Сергіївна,
аспірант кафедри нотаріального
та виконавчого процесу і адвокатури
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

УДК 341.95

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ НЕРУХОМОСТІ

На основі аналізу норм вітчизняного законодавства автором дається визначення предмета договору купівлі-продажу нерухомості, а також з'ясовуються особливості визначення в договорі умов про перехід права власності на земельну ділянку в разі відчуження нерухомого майна, що на ній розміщене. Автором наголошується на необхідності внесення змін до чинного законодавства для врегулювання умов договору купівлі-продажу нерухомості та пропонується проект відповідних норм.

Ключові слова: нотаріус, нерухоме майно, нерухомість, договір купівлі-продажу, об'єкт незавершеного будівництва.

Постановка проблеми. На державу відповідно до Конституції України покладено обов'язок створювати умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду, а також гарантувати право власності, що включає можливість розпоряджатися належним особі майном, у тому числі шляхом його купівлі-продажу. Реалізація таких прав здійснюється в тому числі у формі договору купівлі-продажу нерухомості.

На сьогоднішній день можна спостерігати зловживання правами людини у сфері будівництва нерухомості, її продажу як на первинному, так і на вторинному ринках нерухомості. Досить часто порушення прав та законних інтересів особи можна спостерігати вже на етапі укладення договору купівлі-продажу, що зумовлено відсутністю знань про те,

які умови договору купівлі-продажу потрібно погодити сторонам, якщо його предметом є нерухоме майно. На жаль, законодавство та судова практика не вирішують проблеми, оскільки норми є суперечливими, а відтак неправильно застосовуються в нотаріальній практиці. Цивільний кодекс України (далі-ЦК) не виокремлює особливості купівлі-продажу нерухомості, що є прогалиною, яку необхідно усунути, зважаючи на те, що нерухомість як об'єкт цивільних прав і обов'язків має специфічний правовий режим.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання особливостей предмета договору купівлі-продажу, у тому числі нерухомого майна, досліджувались у роботах Т. Боднар, О. Дзери, О. Глоби, В. Олюхи, І. Спасибо-Фатесвої, О. Старцева, І. Утєхіна, Я. Шевченко, Г. Шершеневича, О. Яворської, С. Фурси

та інших. Разом із тим недостатньо дослідженим є питання щодо предмета договору купівлі-продажу нерухомості, особливо нотаріального посвідчення таких договорів, а також питання про те, які його характеристики необхідно визначити в договорі.

Метою статті є визначення предмета договору купівлі-продажу нерухомості, а також з'ясування необхідності внесення змін до законодавства для врегулювання цього питання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Чітке та однозначне розуміння поняття предмета й об'єкта договору має велике практичне значення, оскільки будь-який договір вважають неукладеним, якщо не визначено його предмет [1].

Варто погодитись із думкою А. В. Щербаківа про те, що предмет договору купівлі-продажу нерухомості містить у собі два роди об'єктів: відчужуване майно та дії сторін щодо передання, прийняття й оплати проданого [2, 90].

Поняття нерухомості (нерухомого майна) міститься в кількох нормативних актах та ототожнюється. Ст. 181 ЦК вказує, що до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення [3]. До об'єктів нерухомого майна ЦК в ст. ст. 331 і 376 відносить житлові будинки, будівлі, споруди, інше нерухоме майно. Закон України «Про іпотеку» визначає нерухомість як земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці та невід'ємно пов'язані з нею, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення [4]. Водночас нерухомість може бути різних видів, кожен із яких підлягає особливому правовому регулюванню.

Відповідно, доцільно враховувати специфіку кожного з об'єктів нерухомості в погодженні такої умови, як предмет договору купівлі-продажу. Законом України «Про оренду державного та комунального майна», окрім вищезазначеного, до нерухомого майна також відносять нежитлові приміщення (ст. 4) [5]. Відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», нерухомим майном, щодо якого проводиться державна реєстрація прав, є земельні ділянки, а також об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення, а саме: підприємства як єдині майнові комплекси, житлові будинки, будівлі, споруди, а також їхні окремі частини, квартири, житлові й нежитлові приміщення (ст. 5) [6]. Окрім того, у Податковому кодексі України є поняття «об'єкти житлової нерухомості»: житловий будинок, житловий будинок садибного типу, прибудова до житлового будинку, квартира, котедж, кімнати в багатосімейних

(комунальних) квартирах, садовий і дачний будинки (ст. 14.1.129) [7].

У ЦК, крім понять «нерухомість», «нерухоме майно», «об'єкт нерухомого майна» (ч. 1 ст. 181, п. 6 ч. 1 ст. 346, ст. 350), вживаються також інші поняття, а саме: «об'єкт незавершеного будівництва» (ст. 331), «об'єкт будівництва» (ст. ст. 875–877, 879–881, 883), однак законодавчого визначення вказаних понять немає. На нашу думку, об'єкт незавершеного будівництва є об'єктом із особливим правовим статусом, оскільки має низку ознак, за якими він відрізняється від інших об'єктів нерухомого майна.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку», об'єкт незавершеного будівництва – це об'єкт будівництва, на який видав дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та який не прийнято в експлуатацію відповідно до законодавства. У Національному стандарті «Оцінка нерухомого майна» № 2 та Наказі Фонду державного майна «Про затвердження Класифікатора державного майна» містяться схожі визначення: об'єкт незавершеного будівництва – це будівлі, споруди або передавальні пристрої, які фактично не експлуатуються внаслідок того, що перебувають у недобудованому стані.

Ст. 331 ЦК вказує, що в разі необхідності особа, котра є власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва (створення майна), може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі документів, які підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкта нерухомого майна, дозволу на виконання будівельних робіт, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва. Отже, після проведення державної реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва такий об'єкт набуває цивільної оборотоздатності, що полягає в можливості відчуження такого об'єкта за договором або переході його від однієї особи до іншої в порядку спадкування.

Схожа позиція висловлена Верховним Судом України, який указав, що, виходячи з аналізу чинного законодавства та з урахуванням характерних ознак незавершеного будівництва, варто визнати, що об'єкт будівництва (об'єкт незавершеного будівництва) – це нерухома річ особливого роду: фізичне її створення розпочато, однак не завершено. Щодо такої речі можливе встановлення будь-яких суб'єктивних майнових, а також зобов'язальних прав у випадках і в порядку, визначених актами цивільного законодавства [8].

Нерухомість належить до індивідуально-визначених об'єктів. Тому його характе-

ристика як предмета договору купівлі-продажу завжди пов'язана з описом індивідуальних ознак об'єкта нерухомості. Крім цього, право власності на нерухоме майно підлягає державній реєстрації. У реєстрі завжди зазначають кількісні та фізичні параметри конкретного об'єкта нерухомості. Тому, в разі вчинення будь-якого правочину, у тому числі договору купівлі-продажу, варто враховувати у визначенні предмета договору техніко-юридичні характеристики об'єкта нерухомості, що міститься у відповідному державному реєстрі (стосовно земельних ділянок у кадастрі).

На думку С.О. Бородовського, у разі укладення договору купівлі-продажу земельної ділянки потрібно накреслити план або схему земельної ділянки, кадастровий план із відображенням обмежень (обтяжень) у її використанні та встановлення земельних сервітутів, акт визначення меж земельної ділянки в натурі. Перелічені умови характеризують індивідуальні ознаки конкретної земельної ділянки як предмета договору купівлі-продажу. За згодою сторін можуть визначатися також інші умови. Але без погодження предмета договір не може бути укладений [9, 23].

На необхідність індивідуалізації нерухомого майна вказує й Верховний Суду України, який висловив правову позицію у справі № 6–194-цс-14 від 17 грудня 2014 р. щодо підстав визнання договору купівлі-продажу недійсним. [10]. Верховний Суду України зазначає, що, за змістом ч. 2 ст. 377 ЦК та ч. 6 ст. 120 Земельного кодексу України (далі-ЗК), кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з набуттям права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, є істотною умовою договору, що передбачає набуття права власності на ці об'єкти (крім багатоквартирних будинків) [11].

Укладення договору, який передбачає набуття права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, що пов'язане з переходом права на частину земельної ділянки, здійснюється після виділення цієї частини в окрему земельну ділянку та присвоєння їй окремого кадастрового номера. Положення зазначених правових норм спрямовано на впровадження принципу єдності юридичної долі земельної ділянки та об'єктів нерухомості, які на ній розташовані.

Отже, у договорі купівлі-продажу (або іншому договорі про відчуження) будинку (будівлі, споруди) повинен позначатись кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або споруду.

Предмет договору купівлі-продажу нерухомості становить погоджений сторонами індивідуально-визначений об'єкт з урахуванням характеристики останнього, що містить-

ся в державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Погоджуючи предмет договору купівлі-продажу нерухомості, сторони певною мірою обмежені в свободі волевиявлення техніко-юридичними характеристиками, що містяться, відповідно до вимог закону, у згаданому реєстрі. Це має важливе значення в разі укладення договору купівлі-продажу нерухомості, до складу якої входять кілька об'єктів нерухомості.

Однак для чіткої регламентації відносин щодо переходу права власності на об'єкти нерухомості необхідно передбачити в ЦК спеціальні норми, які б ураховували особливості такого виду договору купівлі-продажу, оскільки положення, що стосуються договору купівлі-продажу, не відображають повного мірою специфіки відносин, предметом яких є об'єкти нерухомості. Особливість правового режиму останніх викликана необхідністю встановлення спеціальних положень, які б стосувалися динаміки передання прав власності на об'єкти нерухомості за договором купівлі-продажу. Зокрема, необхідно визначити предмет договору купівлі-продажу нерухомості, момент переходу права власності за цим договором, прав та обов'язків сторін тощо.

Перехід у результаті виконання договору купівлі-продажу будинку, будівлі або іншої нерухомості, що розташована на земельній ділянці, неминуче тягне зміну правовідносин і з приводу цієї земельної ділянки. І навпаки, якщо продається земельна ділянка, змінюються правовідносини з приводу нерухомого майна, розташованого на ній. ЦК містить чіткі правила, які регулюють такого роду зміни. Відносини, пов'язані з виникненням прав на земельну ділянку у зв'язку з виникненням прав на будівлі, споруди, які на ній розташовані, регульовані також ст. 120 ЗК.

Правова природа тих прав, що набуваються, залежить від того, чи є продавець нерухомості власником відповідної земельної ділянки. У цьому разі передане покупцеві право на земельну ділянку визначається договором (право власності, право оренди тощо). Якщо ж у договорі немає умови про передання покупцеві права на земельну ділянку, він стає власником тієї частки земельної ділянки, на якій продана йому нерухомість, необхідна для її використання (ст. 377 ЦК).

У разі продажу нерухомості, розташованої на земельній ділянці, яка не належить продавцеві на праві власності, покупець нерухомості здобуває право користування відповідною частиною земельної ділянки на тих самих умовах, що й продавець нерухомості. Проте варто мати на увазі, що законом або договором між продавцем і власником землі можуть бути передбачені умови користування земельною ділянкою, що не дозволяють це тільки за згодою власника землі [12, 10]. При цьому реєстрація права власності на бу-

ділєю і споруду автоматично не тягне за собою перехід права користування земельною ділянкою під нею, оскільки в наведених вище нормах цивільного та земельного законодавства йдеться про перехід права власності на землю в разі переходу права власності на об'єкт нерухомості на підставі договору відчуження.

Водночас виникнення права власності на об'єкт нерухомості не на підставі договору відчуження не тягне за собою безумовного переходу права власності на земельну ділянку під об'єктом нерухомості, а вимагає в цьому випадку окремого договірно-правового регулювання шляхом укладання відповідних цивільно-правових угод між власником земельної ділянки і власником споруди в установленому порядку. При цьому закон не встановлює обов'язковості укладання чи поновлення з указаних підстав договору оренди земельної ділянки, на якій розташована будівля, проте визначає переважне право власника об'єкта нерухомості на ділянку, на якій він розташований.

Отже, правочини, що тягнуть перехід права власності на об'єкт нерухомості, одночасно є підставою для переходу права на землю, проте оформлення такого права здійснюється в установленому законом порядку. Відповідно до ч. 2 ст. 377 ЦК, розмір і кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, є істотними умовами договору, що передбачає набуття права власності на ці об'єкти (крім багатоквартирних будинків).

Проте, на думку І.В. Лисенко, якщо продавець нерухомості не є власником земельної ділянки, умова про права на земельну ділянку не належить до істотних умов договору, більше того, правило про права на земельну ділянку, що переходять до покупця нерухомості, визначена імперативною нормою й перебуває поза межами договору купівлі-продажу нерухомості [13, 143].

Якщо предметом договору купівлі-продажу нерухомості є земельна ділянка, а нерухомість, розташована на ній, залишається у власності продавця, умови користування продавцем частиною земельної ділянки, зайнятою нерухомістю, визначаються договором купівлі-продажу. Якщо договір не містить таких умов, продавець одержує право обмеженого користування (сервіту) тією частиною земельної ділянки, на якій розташована нерухомість і яка є необхідною для користування нею [14, 150].

Отже, умови договору продажу нерухомості (за яким продавець одночасно є власником земельної ділянки) про передачу покупцеві прав на відповідну земельну ділянку належать до істотних умов такого договору, визначених диспозитивною нормою. Якщо в тексті договору (договору-до-

кументі) не має відповідного пункту, договір має вважатися укладеним, оскільки необхідна істотна умова міститься в договорі (договорі-правовідношенні) в тому вигляді, як воно визначене диспозитивною нормою (п. 1 ст. 377 ЦК).

Для чіткої регламентації відносин щодо переходу права власності на об'єкти нерухомості необхідно передбачити в ЦК спеціальні норми, які б ураховували особливості такого виду договору купівлі-продажу, оскільки положення, що стосуються договору купівлі-продажу, не відображають повного мірою специфіки відносин, предметом яких є об'єкти нерухомості. Зокрема, необхідно визначити предмет договору купівлі-продажу нерухомості, момент переходу права власності за цим договором, прав та обов'язків сторін тощо.

З огляду на викладене ми приєднуємо до висловленої в науці думки про необхідність доповнити ЦК [15, 190]. Разом із тим вважаємо, що не достатньо лише доповнити ст. 656 «Предмет договору купівлі-продажу» ще однією частиною, як це пропонується, оскільки нагальним є виділення договору купівлі-продажу нерухомості в окремий вид, а відтак і виділення в главі 54 ЦК окремого параграфа, який визначав би його особливості.

Висновки. Предмет договору купівлі-продажу нерухомості становить погоджений сторонами індивідуально-визначений об'єкт з урахуванням характеристики останнього, що міститься в державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. У такому договорі сторони повинні конкретизувати якісні та кількісні характеристики об'єкта нерухомості, указавши їх у договорі, або ж здійснити відсилання до відповідних документів, зокрема тих, що стосуються присвоєння об'єкту нерухомості адреси, визначення поверховості й складових частин (технічний паспорт) тощо.

Предметом договору купівлі-продажу нерухомості також можуть бути об'єкти незавершеного будівництва, оскільки після проведення державної реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва такий об'єкт набуває цивільної оборотоздатності, що полягає в можливості відчуження такого об'єкта за договором або переході його від однієї особи до іншої в порядку спадкування.

Зважаючи на вищезазначене, задля полегшення нотаріальної практики та усунення прогалин, які існують у чинному законодавстві доцільним у такому параграфі є виділення договору купівлі-продажу нерухомості в окремий вид та виділення окремого параграфа, який визначав би його особливості.

Пропонуємо норму такого змісту: «Предметом договору купівлі-продажу нерухомості можуть бути земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділян-

ці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення, у тому числі садиби, житлові будинки, будівлі, споруди, а також їхні окремі частини, квартири, житлові й нежитлові приміщення, кімнати в багатосімейних (комунальних) квартирах, садовий і дачний будинки, підприємства як єдині майнові комплекси, інше нерухоме майно.

Предметом договору купівлі-продажу нерухомості також можуть бути об'єкти незавершеного будівництва.

Предмет договору купівлі-продажу нерухомості повинен бути в установленому законом порядку індивідуалізований і зареєстрований у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно».

Зважаючи на загальні положення ЦК щодо форми правочинів і форми договору, урахувавши зазначену вище специфіку договору купівлі-продажу нерухомості, пропонується доповнити ЦК також статтями такого змісту: «Договір купівлі-продажу нерухомості укладається в письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації».

При посвідченні договору купівлі-продажу сторони повинні конкретизувати якісні та кількісні характеристики об'єкта нерухомості, указавши їх у договорі, або ж здійснити відсилання до відповідних документів, зокрема тих, що стосуються присвоєння об'єкту нерухомості адреси, визначення поверховості й складових частин (технічний паспорт) тощо. Окрім того, варто вказати також пов'язані з об'єктом нерухомості речові права на чуже майно та публічні обтяження, для яких характерно право слідування за об'єктом нерухомості.

Під час визначення предмета договору купівлі-продажу нерухомості потрібно пам'ятати також про те, що до нерухомості належать як окремі об'єкти нерухомості (земельні ділянки, будівлі, споруди тощо), так і складні об'єкти, до складу яких уходить сукупність нерухомих речей (садиба, земельна ділянка з розташованими на ній будівлями, спорудами тощо).

Здійснюючи індивідуалізацію предмета договору, нотаріусом необхідно проаналізувати дані, що містяться в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, у тому числі такі: кадастровий номер земельної ділянки й інвентарний номер іншого нерухомого майна; індексну кадастрову карту; кадастровий план земельної ділянки; дані про категорію земель за цільовим призначенням земельної ділянки; дані про площу та грошову оцінку земельної ділянки; відомості щодо власників чи користувачів земельної ділянки; дані технічної інвентаризації будівель і споруд, розташованих на земельній ділянці; інші дані, передбачені іншими нормативно-правовими актами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти [Електронний ресурс] / Яворська О. С. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <https://mydisser.com/en/catalog/view/6/353/7696.html>.
2. Щербаків А. Особливості купівлі-продажу нерухомого майна за новим Цивільним кодексом України//А.І.Щербаків. – Часопис Київського університету права. – 2005. – № 1. – С. 89–94.
3. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
4. Закон України «Про іпотеку» [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/898-15>.
5. Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10 квітня 1992 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2269-12>.
6. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>.
7. Податковий кодекс України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
8. Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ: Лист Верховного Суду України від 1 липня 2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419).
9. Бородовський С. М. Деякі особливості сучасного правового регулювання укладення, зміни і розірвання цивільно-правового договору/С.М.Бородовський//Юридична Україна. – 2005. –№ 2. – С. 22–26.
10. Правова позиція Верховного Суду України у справі № 6–194цс14 від 17 грудня 2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/A1528811EA1BD56DC2257DB90050C7F1](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/A1528811EA1BD56DC2257DB90050C7F1).
11. Земельний кодекс України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
12. Дудорова Е. Нотаріальна форма договора куплі-продажу жилого дома (квартиры) и его государственная регистрация/Е.Дудорова// Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 2. – С. 10–13.
13. Лисенко І. Щодо підстав набуття права приватної власності на житло/І.Лисенко//Право і Безпека. – 2010. – № 1 (33). – С. 143–148. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.irbis-nbu.gov.ua/cgibin/irbis_nbu/

- cgiiirbis_64.exe? C21COM=F&I21DBN=UJRN &P21DBN=UJRNsoc_gum/pib/2010_1/PB-1/PB-1_32.pdf.
14. Мічурін Є. Правочини з житлом/Є. Мічурін// 2-ге вид., перероб і допов. Є. Мічурін. – Х.: Юрsvіт, 2005. – с. 150.
15. Поляник К. Договір купівлі-продажу як підстава виникнення права власності на нерухомість/К.Поляник//Вісник Львівського університету. –2010. –№ 50. – С. 187–195.

Панченко Ирина Сергеевна
ОСОБЕННОСТИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРА
КУПЛИ-ПРОДАЖИ НЕДВИЖИМОСТИ

На основе анализа украинского законодательства дается определение предмета договора купли-продажи недвижимости, а также выясняются особенности определения в договоре условий о переходе права собственности на земельный участок в случае отчуждения недвижимого имущества, что на ней расположено. Автором отмечается необходимость внесения изменений в действующее законодательство для урегулирования условий договора купли-продажи недвижимости и предлагается проекты соответствующих норм.

Ключевые слова: нотариус, недвижимое имущество, недвижимость, договор купли-продажи, объект незавершенного строительства.

Panchenko Ira
FEATURES OF THE DEFINITION OF THE CONTRACT OF SALE OF REAL ESTATE

Based on analysis of the norms of national legislation author defines the subject of the contract of sale of real estate and investigates the features defined in the contract terms of the transfer of ownership of land in case of alienation of immovable property located on it. The author emphasizes on the need to amend the current legislation to settle the contract of sale of property and proposed projects relevant rules.

Key words: notary, real estate, property, contract of sale, object of unfinished construction.

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Дика Алла Олександрівна,

аспірант кафедри цивільного права та процесу
Івано-Франківського університету
імені короля Данила Галицького

УДК 347.9

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: СУДОВИЙ НАКАЗ ТА ВИКОНАВЧИЙ НАПИС НОТАРІУСА (ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)

У даній статті проведений порівняльний аналіз судового наказу та виконавчого напису нотаріуса. Досліджується специфіка видачі судового наказу та процедури вчинення виконавчого напису нотаріуса в процесі захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб.

Ключові слова: судовий наказ, виконавчий напис, безспірна, спрощена процедура, захист, цивільне право.

В теорії цивільного процесу з'явився новий напрям наукових досліджень – цивілістичний процес (міжгалузеві зв'язки і взаємодія юрисдикційних процесів як мають цивілістичну основу, тобто крім кримінального процесу), який розвивають представники наукової школи професора Фурси С. Я. Кажучи про самостійність нотаріального, цивільного і виконавчого процесів і їх місці в правовій системі України не можна розглядати їх тільки у вузьких межах, оскільки у них спільна мета, яка зводиться до охорони і захисту прав та інтересів фізичних, юридичних осіб і держави, але досягається вона різними способами [1, с. 9–10]. Так, співвідношення нотаріального, судового та виконавчого процесів можна побачити проаналізувавши процедуру видачі судового наказу та процедуру вчинення виконавчого напису. Незважаючи на те, що судовий наказ видається судом, а виконавчий напис вчиняється нотаріусом, ці акти за своєю суттю є подібними та мають спільну мету – спрощену процедуру захисту цивільних прав.

Запровадження наказного провадження, за задумом законодавця, мало на меті прискорення судочинства. Як свідчить судова практика, велика кількість справ, що розглядаються в порядку позовного провадження, фактично є безспірними, оскільки вимоги позивача відповідачем в повній мірі доволі часто не заперечуються. Можливість спрощення і скорочення процедури у встановлених законом випадках підвищує ефективність правового захисту та дозволяє звільнити суди від розгляду за повною процедурою безспірних за своєю суттю справ [2]. З цієї тезою можна погодитися, якщо одночасно внаслідок об'єктивних і суб'єктивних факторів не будуть порушуватися права та інтереси осіб.

Тому можна погодитися, що наказне провадження – один із видів проваджень ци-

вільного судочинства, у якому без розгляду справи по суті на підставі безспірних вимог та доказів, поданих заявником, видається судовий наказ, згідно з яким з боржника стягуються грошові кошти, витребується майно [3, с. 602].

Однак, не з усіма більш конкретними позиціями науковців можна однозначно погодитися. Так, у процедурі наказного провадження вчені пропонують виділяти такі 3 стадії: 1) відкриття наказного провадження; 2) видача судового наказу; 3) скасування судового наказу. [4]. Але така гіпотеза суперечить логіці, оскільки стадія скасування судового наказу суперечить завданню наказного провадження – ліквідації наслідків правопорушення в спрощеному порядку. Якщо ж за основу береться скасування судового наказу як стадії відповідного провадження, то не слід його загалом використовувати. Тобто скасування судового наказу слід розглядати як виняток із загального правила, а не самим правилом. Автором пропонується виходити з послідовної «безконтактної» участі в провадженні заявника та боржника, отже має існувати стадія розгляду поданих заявником документів, а також при наявності заперечень проти заявлених претензій з боку боржника – стадія їх дослідження судом. Кожна стадія має завершуватися рішенням суду, яке має відповідати позиції сторони.

Вербіцька М. В. пропонує виділяти ще й 4-ту стадію – виконання судового наказу [5, с. 11], але з цією позицією так само важко погодитися. Не можна розглядати виконання судового наказу як стадію цивільного процесу виходячи, по-перше, із суб'єктного складу цього провадження, оскільки не в ньому безпосередньо беруть участь виконавці, а не суд, по-друге судовий наказ як виконавчий документ (ст. 3 Закону України «Про виконавче

провадження» – далі Закон) виконується у примусовому порядку згідно процедури, яка передбачена цим Законом, а не ЦПК. По-третє, виходячи із зміст діяльності та повноваженнями виконавців слід акцентувати увагу на тому, що вони відновлюють порушені права, а не визнають права тощо як суд (ст. 16 ЦК України).

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 95 ЦПК [6] із заявою про видачу судового наказу може звертатися особа, якій належить право вимоги, а також органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. При цьому, особою з прямо протилежними інтересами в такій справі є боржник, який заінтересований в тому, щоб судовий наказ не набрав законної сили і був скасований. Тому у кожній із сторін наказного провадження є власні прямо протилежні інтереси, що і обумовлює їх відповідний правовий статус: заявник та заінтересовані особи. Заявник (стягувач) – особа, якій належить право вимоги та яка звертається до суду за видачею судового наказу; заінтересована особа (боржник) – особа, з якої стягувач просить здійснити стягнення [7, с. 602]. Автор вважає, що така назва суб'єктів наказаного провадження більш відповідає правовим основам цивільного процесу, оскільки ми ж не називаємо відповідача одразу боржником, а розцінюємо права всіх суб'єктів до рішення суду рівнозначними і не визнаємо наперед переваг жодного із суб'єктів.

У цьому контексті важливо сприймати й новели, які закладені в проекті змін до ЦПК [8], де визначаються загальні аспекти зловживання правом. Зокрема, за чинними ЦПК заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності, встановленими ст. 109 ЦПК. Але у ч. 3 ст. 45 проекту ЦПК зловживанням розцінюватиметься будь-яка дія осіб на розсуд суду, яка визнаватиметься ним зловживанням правом, зокрема, подання скарги, заяви, клопотання може визнаватися зловживанням і суд з урахуванням обставин справи матиме право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання. Більше того, за ч. 4 цієї статті суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. Таким чином, подання особою заяви про видачу судового наказу з порушенням правил підсудності може розцінюватися як перше зловживання правом.

В подальшому недосвідчена особа може припуститися наступних помилок, оскільки зміст і форма заяви повинні відповідати вимогам ст. 98 ЦПК, а саме у заяві повинно бути зазначено: 1) найменування суду, в який подається заява; 2) ім'я (найменування) заявника та боржника, а також ім'я (найменування) представника заявника, якщо заява подається представником, їхнє місце

проживання або місцезнаходження; 3) вимоги заявника і обставини, на яких вони ґрунтуються; 4) перелік документів, що додаються до заяви. Крім того, до заяви про видачу судового наказу додається документ, що підтверджує сплату судового збору. Відповідно до ч. 4 ст. 4 ЗУ «Про судовий збір» [9] за подання до суду заяви про видачу судового наказу юридичною особою або фізичною особою-підприємцем ставка судового збору встановлюється у розмірі 0,5 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб; фізичною особою – 0,2 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Якщо ж особа допустить і тут помилки, то така ситуація може вже кваліфікуватися за ч. 2 ст. 149 проекту ЦПК [10] як повторне чи систематичне невиконання процесуальних обов'язків, повторне чи неодноразове зловживання процесуальними правами. В такому випадку з відповідного учасника судового процесу або відповідної іншої особи суд стягне у дохід Державного бюджету України штраф у сумі від одного до десяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Очевидно, що позиція законотворців щодо кваліфікації зловживання правами «учасника судового процесу або відповідної іншої особи» як сутність самого поняття «зловживання правом» має відноситися до категорії спір про право, а також належно мають розкриватися його критерії в ЦПК та ті наслідки, які наставатимуть у разі його встановлення судом. Автор також вважає, що неприпустимо за помилки в цивільному процесі «карати» учасників процесу такими великими штрафами. Більше розкриваючи поняття «спір про право» необхідно встановлювати дійсних його учасників, що неможливо зробити без врахування реальних інтересів, які мають виявлятися при з'ясуванні обставин такого спору. Зокрема, квінтесенція зловживання правом – це використання права на шкоду конкретній особі або декільком особам.

Так, з аналізу ч. 4 ст. 45 проекту ЦПК [11], а саме «Суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами» можна зробити простий висновок, що у разі виявлення зловживання правом на судовий наказ винен суд, який не запобіг пред'явленню заяви. Цілком зрозуміло, що це нонсенс, але саме так можна реагувати на зловживання правом в позовному провадженні, коли позивачем або відповідачем буде виявлено зловживання правом при буквальному застосуванні цієї норми.

Перевіримо цю гіпотезу на стадії прийняття заяви судом, а саме він перевіряє: 1) чи відповідає заява вимогам, передбаченим ст. 98 ЦПК, щодо її змісту та форми; 2) зміст вимоги ст. 96 ЦПК, на підставі якої має бути видано судовий наказ; 3) чи не вбачається із заяви та поданих документів спір

про право. [12, с. 605]. Якщо заява про видачу судового наказу подана до суду з порушенням вимог ст. 98 ЦПК, то заява залишається без руху та заявнику надається строк для усунення недоліків, відповідно до ст. 121 ЦПК. У разі не усунення недоліків заява повертається заявникові. Відповідно до ст. 101 ЦПК повернення заяви у випадку, встановленому ч. 1 ст. 100 ЦПК, не є перешкодою для повторного звернення з такою самою заявою після усунення її недоліків. Але у ЦПК використовується поняття «спір про право» без його розкриття, визначення його критеріїв, тому важко погодитися з можливістю встановити спір про право доти, доки боржник не визначить своєї позиції щодо поданої заяви.

Статтю 96 ЦПК встановлено вичерпний перелік вимог, за якими може бути видано судовий наказ. У разі, якщо заявлено вимогу, не передбачену ст. 96 ЦПК суддя відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу (п. 1 ч. 3 ст. 100 ЦПК). Крім того, вимоги, зазначені у ст. 96 ЦПК розглядаються виключно в наказному провадженні, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 118 ЦПК позовна заява щодо вимог, визначених у ч. 1 ст. 96 ЦПК, може бути подана тільки у разі відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування його судом. Також, не допускається одночасне звернення до суду із заявою про видачу судового наказу та пред'явлення позову про той самий предмет і з тих самих підстав.

Щодо наявності спору про право у наказному провадженні в теорії цивільного процесу існують різні точки зору науковців.

Як зазначають Балюк М. І., Луспеник Д. Д. «у контексті наказного провадження як спір про право слід розуміти поведінку особи, до якої звертається заявник з вимогою щодо оспорування підстав, розміру вимоги або/і доказів, які її підтверджують» [13]. Тут категорично не можна погодитися із застосованим терміном «поведінку особи», оскільки це не предмет наказного провадження. Більше того, в наказному провадженні не розглядаються справи про оспорування та подібні – це однозначно, оскільки вимога заявника має бути чітко сформульована на предмет кваліфікації правопорушення і визначати способи відновлення порушеного права, оскільки ст. 96 ЦПК передбачено чіткий та вичерпний перелік підстав для видачі судового наказу. Тому важко погодитися й з позицією іншого вченого: «Відповідаючи на питання про наявність спору про право в справах наказного провадження, необхідно визнати, що такі справи відповідають сутності та характеристикам спору про право і в вимогах, які пред'являються в порядку наказного провадження, є спір про право» [14].

Частково можна погодитися з такою думкою: «У будь-яких цивільних правовідносинах, що вирішуються в суді, потенційно є

такий спір. Наказне провадження безспірне лише в тому плані, що безспірність в ньому презюмована до того моменту, доки до суду не звернеться боржник із заявою про скасування судового наказу. Але воно характеризується наявністю сторін і спору між ними про матеріальне право. А вимога про те, щоб із заяви про видачу судового наказу і поданих документів не вбачався спір про право, означає те, що цивільне правовідношення між заявником і боржником має бути чітко визначеном, а вимога заявника – повністю аргументована» [15, с. 13].

Однак автор не зовсім погоджується з такою думкою, оскільки наказне провадження створене з метою розгляду вимоги заявника, які не заперечуються боржником або заперечуються частково. В наведеній же цитаті акцент зроблено на аргументованій заяві, коли в таких справах найважливішим елементом є достатність безспірних доказів правопорушення та необхідності відновлення порушеного права саме таким способом, як вимагає заявник. Відповідно до п. 3 ст. 98 ЦПК докази, що подаються заявником до суду мають бути безспірними, на підставі таких доказів заявник зобов'язаний довести суду наявність підстав для видачі судового наказу.

Деякі науковці вважають невиконання боржником своїх зобов'язань спором про право [16], але існують випадки коли боржник не заперечує вимоги заявника однак не може їх виконати, наприклад, у зв'язку із складним матеріальним становищем. А заявник звертається до суду із заявою про видачу судового наказу з метою швидкого захисту і відновлення порушеного права. А якщо до суду звертається боржник із обґрунтованою заявою про скасування судового і посилається на обставини, які свідчать про повну або часткову необґрунтованість вимог стягувача та існування конкретних доказів, то тут вбачається спір про право і як справедливо зазначає Фурса С. Я. така вимога заявника має розглядатись у загальному позовному провадженні, а не в спрощеному наказному [17, с. 608].

Про відсутність спору про право у наказному провадженні вказує і Щербак С. В. яка зазначає, що природа судового наказу, що є безспірним, суперечить можливості виникнення спору з приводу правовідносин, які встановлює суд при видачі судового наказу, тому, якщо із заяви і поданих документів вбачається спір про право, суд відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу [18, с. 5].

Позовна давність в наказному провадженні обчислюється за загальними правилами визначення строків, встановленими статтями 253–255 Цивільного кодексу України. Загальна позовна давність – три роки.

У п. 9 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду ци-

вільних і кримінальних справ від 23.12.2011 № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» зазначено, наявність спору про право, яке є підставою для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу, вирішується суддею у кожному конкретному випадку, виходячи із характеру та обґрунтованості заявленої матеріально-правової вимоги і документів, доданих до заяви. ... наявність спору про право можна встановити, якщо із доданих документів вбачається пропуск позовної давності. Така вимога може бути вирішена лише у позовному провадженні (ч. 3 ст. 267 ЦК) [19].

Однак, з такою позицією Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ важко погодитися, оскільки тут вбачається перевищення судом наданих йому повноважень і упередженість. Так, позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до ухвалення ним рішення (ч. 3 ст. 267 ЦК), по суті правовідносин – боржником. Тому суд не може передбачати спору про право до тих пір, доки боржник не виявить своєї позиції. Тому суд не повинен відмовляти у прийнятті до розгляду заяви про видачу судового наказу з тих підстав, що правовідносини мають спірний характер. Дійсно, боржник вправі заявити про пропуск строку позовної давності, але й заявник може обґрунтувати поважність причин пропуску строку позовної давності, що потенційно може призвести до розгляду справи в порядку позовного провадження і ще до більших витрат обох сторін. Тому автор вважає, що сторони на будь-якій стадії наказного провадження повинні наділятися правом на укладання мирової угоди, щоб не ускладнювати спірних матеріальних відносин додатковим процесуальним спором про право. Дане положення вважається важливим, оскільки так може бути розв'язана судова гілка влади і спірні відносини не переростатимуть в конфлікти.

Як впливає з ч. 2 ст. 102 ЦПК, стадія видачі судового наказу містить дві ознаки, які мають важливе значення для характеристики наказного провадження:

- судовий наказ видається без судового засідання;

- судовий наказ видається без виклику стягувача та боржника.

Саме в цій стадії чітко проявляється спрощений характер наказного провадження. Відсутність судового розгляду і виклику сторін у судове засідання, що є серцевиною спрощених проваджень у цивільному процесі багатьох країн світу, являє собою важливу вирізняльну ознаку наказного провадження в порівнянні з іншими видами цивільного судочинства в Україні [20, с. 78]. Але до цього слід додати, що такий порядок розгляду відносин є винятковим і має зумовлюватися

чіткими матеріальними основами визначення права вимоги.

З наведеного випливають й інші характерні риси наказного провадження, які не завжди однозначно тлумачаться вченими. Процесуальною особливістю наказного провадження є те, що під час розгляду справи не може бути застосовано такі процесуальні інститути як: призначення справи до судового розгляду, забезпечення доказів, призначення експертизи, передача справи до іншого суду за підсудністю, заміна неналежної сторони, зупинення провадження, закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду [21]. Автор вважає важливим до наведеного переліку додати й забезпечення позову, що має застерегти зловживання правами з боку боржника в період до набрання судовим наказом законної сили.

Наказне провадження є документарним, оскільки суддя розглядає заяву про видачу судового наказу лише на підставі наданих заявником документів, без судового засідання та виклику стягувача і боржника для заслуховування їх пояснень. На думку Плахотіної Н.А. це є порушенням прав боржника у зв'язку з чим вона пропонує змінити процедуру видачі судового наказу, а саме після прийому заяви, у разі відповідності нормам ЦПК направляти боржнику копії заяви на видачу судового наказу та у разі, якщо боржник протягом 10 днів з дня отримання копії, не звернувся до суду із запереченням, підтвердженим беззаперечними доказами – видавати судовий наказ [22, с. 76]. Однак, на думку автора, це значно сповільнить процедуру видачі судового наказу. Крім того, як зазначає Фурса С.Я. порядок видачі судового наказу у цивільному процесі характеризується тим, що передбачає процесуальні заходи захисту прав боржника – процесуальний строк для подання заяви про скасування судового наказу [23, с. 72]. Дійсно, дане положення має гарантувати самозахист прав боржником, але і це положення не слід розглядати як абсолютне, коли боржник не міг з поважних причин реалізувати своє право на подання заяви про скасування судового наказу.

Відповідно до ст. 102 ЦПК [24] у разі прийняття судом ухвали про відкриття наказного провадження, суд у триденний строк з моменту її постановлення видає судовий наказ по суті заявлених вимог. Зміст судового наказу має відповідати вимогам ст. 103 ЦПК.

Судовий наказ складається лише зі вступної та резолютивної частин, посилання на норми законодавства, які застосовував суд при прийнятті викладеного у наказі рішення, повинні у ньому зазначатись, але факти, що встановив суд, та його мотиви, які, зазвичай, зазначають в описовій та мотивувальній частині рішення суду, у судовому наказі опускають [25, с. 132].

Крім того, як зазначає Фурса С. Я., особливості судового наказу полягає у його подвійності: з одного боку, він є судовим рішенням, а з іншого – виконавчим документом. Така подвійна його природа є винятком із загального правила та зумовлена необхідністю захисту безспірних прав стягувача у спрощеному порядку на підставі безспірних доказів [26].

Що ж стосується скасування судового наказу, то передбачена ЦПК процедура є способом захисту прав боржника у наказному провадженні, адже в разі подання заяви про скасування судового наказу він може висловити свою позицію щодо заявлених вимог стягувача. Так, відповідно до ч. 1–2 ст. 104 ЦПК [27] після видачі судового наказу суд не пізніше наступного дня надсилає його копію боржникові рекомендованим листом із повідомленням; одночасно з копією судового наказу боржникові надсилається копія заяви стягувача з копіями доданих до неї документів. Згідно з ч. 1 ст. 105 ЦПК [28] боржник має право протягом десяти днів з дня отримання копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування.

Особливістю скасування судового наказу є те, що заява про скасування судового наказу подається до того ж самого суду, який його видав. Крім того, при розгляді заяви про скасування судового наказу проводиться відкрите судові засідання, викликаються стягувач і боржник, досліджуються обставини справи, виникає можливість апеляційного оскарження ухвали про незадоволення заяви про скасування судового наказу. Але з положенням ч. 6 ст. 105–1 ЦПК важко погодитися, оскільки в цій нормі не передбачена процедура проведення судового засідання, зокрема, послідовність виступів, подачі клопотань тощо. Більше того, таке провадження в справі суперечить сутності наказного провадження як документального і може асоціюватися з розглядом спору про право по суті, що має розглядатися в порядку позовного провадження тощо.

Що ж стосується виконавчого напису, то метою вчинення нотаріусом виконавчих написів є скорочення кількості судових справ, що виникають з уже врегульованих договірних відносин, коли є безперечне підтвердження невиконання боржником своїх зобов'язань перед кредитором, або з певної специфіки нотаріальних дій [29, с. 7]. Автор сприймає дане положення як занадто загальне і таке, що не зовсім відповідає Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 [30]. На думку автора, для нотаріусів безспірною може вважатися лише нотаріальна форма, що може бути у наступному

підтвержене відповідальністю нотаріуса за вчинений ним виконавчий напис, коли його дії будуть оскаржуватися в судовому порядку тощо.

Спільною ознакою судового наказу та виконавчого напису є те, що особа, яка звертається до нотаріуса для вчинення виконавчого напису також називається стягувачем (як і в наказному провадженні), однак такий статус їй належить з моменту подання заяви нотаріусу, а в наказному провадженні – з моменту прийняття заяви судом. Друга сторона в обох випадках – боржник. [31, с. 42]. Але у ЦПК статус особи, яка звертається за судовим наказом, позначається і як заявник, що представляється більш вваженим терміном, оскільки не можна наперед визначити особу стягувачем. Інакше, навіть при зверненні зі «штучною» заявою з метою зловживання правом особа отримуватиме статус стягувача, хоча за реальними правовідносинами вона розцінюватиметься як правопорушник тощо.

Схожим є і правове становище осіб, як зазначає Грошева О., особа, що звертається за здійсненням виконавчого напису (особисто або через свого представника), має визначені права на участь у нотаріальному процесі по вчиненню виконавчого напису. Особа, щодо якої вчиняється виконавчий напис, по суті, позбавлена права брати участь у нотаріальному процесі, однак має право оскаржити відповідні дії нотаріуса після їхнього вчинення. [32, с. 96]

Виконавчий напис (окрім вимоги про несплату чеку) вчиняється нотаріусом незалежно від місця виконання вимоги, знаходження боржника або стягувача.

Як зазначає Фурса С. Я. вчинення виконавчого напису, за загальним правилом, належить до одноетапних нотаріальних проваджень (винятком є нотаріальне провадження щодо вчинення виконавчого напису на борговому документі, за яким стягнення слід проводити частинами, наприклад періодичні платежі – стягнення аліментів) і в своєму розвитку проходить три стадії: 1) відкриття нотаріального провадження, яке зводиться до подання кредитором (стягувачем або уповноваженим представником) нотаріусу письмової заяви про вчинення виконавчого напису; 2) підготовка до вчинення даного нотаріального провадження; 3) вчинення виконавчого напису [33]. Автор відносить таку процедуру вчинення виконавчого напису до найпростіших його видів, коли діяльність нотаріусів підпорядковувалася раніше діючій Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства Юстиції України від 03.03.2004 № 20/5.

При введенні в дію Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5 (надалі –

Порядок) [34], вчинення виконавчого напису істотно змінилося, хоча й не з усіма положеннями цього нормативного акту можна погодитися. Так, у Главі 11 Порядку [35] «Реєстрація нотаріальної дії та визнання її вчиненою» буквально наведено: «Виконавчий напис нотаріуса набирає чинності з дати його реєстрації в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій, про що зазначається у тексті самого виконавчого напису», а у главі 12 «Виконавча сила нотаріального документа» замість сутності виконавчої сили нотаріального документа розкриваються вимоги до форми виконавчого напису.

У розділі II Порядку [36] «Порядок вчинення окремих видів нотаріальних дій» немалюво погодитися з положенням ч. 3.3. глави 12 «Видача свідоцтв про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів)», де зроблено цілий ряд помилок. Проаналізуємо це положення буквально, а саме: «Свідоцтво про придбання заставленого майна на аукціоні видається нотаріусом на підставі акта (копії затвердженого суддею акта) про проведений аукціон. Складений організатором аукціону акт про проведений аукціон подається на затвердження нотаріусу, який вчинив виконавчий напис про необхідність звернення стягнення на заставлене майно або який прийняв рішення». По-перше, перше речення у цитаті не узгоджується за змістом з другим. По-друге, ні суд, ні нотаріус не приймали участь в організації торгів, тому вони не можуть затверджувати акт про проведений аукціон. По-третє, коли йдеться про приватних нотаріусів, то професійна діяльність конкретного нотаріуса може бути припиненою, тому не можна штучно прив'язувати до повноважень конкретного нотаріуса, який вчинив виконавчий напис, наступні наслідки, які слідуватимуть за його вчиненням. Таке положення, запозичене з цивільного процесу, може призвести до небажаних результатів, коли набувач майна не здатен буде отримати свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів) через відсутність нотаріуса, який вчинив виконавчий напис.

Характерно, що при вчиненні виконавчого напису нотаріус з'ясовує обумовлені в Порядку обставини на підставі визначених документів і вчиняє виконавчі написи:

– якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем;

– за умови, що з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року.

У разі якщо нотаріусу необхідно отримати іншу інформацію чи документи, які мають відношення до вчинення виконавчого напису, нотаріус вправі витребувати їх у стягувача. Хоча в цій ситуації важко погодитися

з положенням Порядку, оскільки витребувати у заявника додаткові документи складно через те, що він вправі відмовитися від вчинення виконавчого напису. Дійсно, він може їх надати добровільно, але може просити нотаріуса витребувати додаткові документи від підприємств, установ і організацій на підставі ст. 4 Закону України «Про нотаріат» [37].

З цього положення випливає, що основним документом для вчинення виконавчого напису має стати договір. Як зазначає Свідерська М. зміст заяви для вчинення виконавчого напису нотаріусом істотно відрізняється від заяви про видачу судового наказу. Насамперед, це зумовлено тим, що основним документом для нотаріуса є борговий документ, на якому він і вчиняє виконавчий напис. Саме в цьому документі містяться основні відомості, необхідні нотаріусу, а в заяві центральне місце посідають відомості про боржника [38, с. 42].

Як і в наказному провадженні обов'язковою вимогою вчинення виконавчого напису нотаріуса є вичерпний перелік вимог, за якими може бути вчинена ця нотаріальна дія. Отже, нотаріусу необхідно перевірити, чи передбачена заборгованість, щодо якої потрібно вчинити виконавчий напис, в Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів. Відповідно до ст. 88 ЗУ «Про нотаріат» [39] нотаріус вчиняє виконавчі написи, якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем.

Отже, другою обов'язковою вимогою вчинення виконавчого напису нотаріуса є безспірність заборгованості чи іншої відповідальності боржника, яка для нотаріуса підтверджується наданими стягувачем документами згідно з Переліком, де в кожному розділі після найменування вказуються документи, які необхідно пред'явити для вчинення виконавчого напису по кожній заборгованості.

За відсутності хоча б одного документа з визначеного переліку у вчиненні виконавчого напису повинно бути відмовлено. Ця формальна умова відображає одночасно і зміст нотаріальної діяльності, і суперечність, яку закладено в юридичній природі виконавчого напису у зв'язку із зарахуванням його до компетенції нотаріату. Оскільки закон не наділяє нотаріат повноваженнями вивчати й досліджувати докази, то обмежує можливість кредитора підтвердити своє право вимоги іншими доказами, натомість, надає документам, зазначеним у переліку, особливої сили – презумпції безспірності [40, с. 157]. Але наголошу, що безспірність документів і для нотаріуса, і для суду визначається законодавством без обґрунтування відповідних критеріїв, з чим важко погодитися.

Виконавчий напис пропонується видавати лише за доказами, наданими однією

стороною – стягувачем, а заперечення проти вчинення виконавчого напису взагалі в нотаріальному порядку розглянуті не можуть бути, оскільки це виходить за межі компетенції нотаріусів і можуть суперечити принципу безспірності нотаріального процесу [41, с. 72]. Автор вважає, що тут проявляється істотна непослідовність законодавця, оскільки допускається, що в цивільному судочинстві можливі випадки зловживання правом і будь-яких застережень з приводу зловживання правом в нотаріальному порядку не зроблено. Однак, і судовий наказ, і виконавчий напис нотаріуса можуть слугувати підставою для їх примусового виконання, тому вважаємо непослідовним допускати можливість зловживання правом у судочинстві і не враховувати дане положення при вчиненні виконавчого напису нотаріусом.

Виконавчий напис вчиняється за наявності документів, визначених в законодавстві, які надав стягувач та за відсутності боржника. У зв'язку з чим «у якості одного із заходів вдосконалення виконавчого напису вказується на необхідність в усіх без винятку випадках предствалення нотаріусу документального підтвердження факту сповіщення боржника про необхідність погасити заборгованість у добровільному порядку і відсутності у боржника заперечень [42, с. 10–11]». Така послідовність процедури дозволить певною мірою застерегти випадки зловживання правом, але на відміну від діяльності суду, який особисто направляє документи боржнику, при вчиненні виконавчого напису передбачається орієнтуватися на докази повідомлення боржника стягувачем, що не застереже випадків зловживання правом. Тому вважаємо раціональним зробити процедуру діяльності нотаріуса подібною до діяльності суду та здійснювати, в такому випадку, передачу документів від стягувача до боржника через нотаріуса, що застереже випадки фальсифікації доказів передачі таких документів.

Зокрема, в Порядку [43] допускається таке: «Повідомлення вважається надісланим, якщо є відмітка іпотекодавця на письмовому повідомленні про його отримання або відмітка поштового відділення зв'язку про відправлення повідомлення на вказану в іпотечному договорі адресу». Але положення про «відправлення повідомлення» не доводить факт його вручення, а також не фіксує дати отримання такого повідомлення, тому необхідно внести відповідні зміни до Порядку.

Варто погодитись з думкою Нікітюк О. М., яка вважає необхідним захищати права боржника від недобросовісного кредитора [44, с. 8].

З приводу безспірності, слушною є й думка Фурси С. Я., яка зазначає, що нотаріус в силу його компетенції може встановлювати права громадян, які звертаються

до нього за вчиненням нотаріальних проваджень, лише в тому випадку, коли такі права однозначно можуть бути встановлені ним за допомогою безспірних доказів. Автор виділяє три можливих види спорів, які підвідомчі суду: 1) спір про факт; 2) спір про право; 3) спір про обов'язки. І зазначає, що для нотаріального процесу не характерні такі спори. Тому для охорони прав осіб в нотаріальному процесі сам факт, право особи та обов'язки не повинні викликати сумніву у нотаріуса. Тобто нотаріальний процес має бути абсолютно безспірним [45, с. 69].

Виконавчий напис повинен видаватися у суворо передбачені законом строки, так відповідно ст. 88 ЗУ «Про нотаріат» [46] зазначено, що нотаріус вчиняє виконавчий напис, за умови що з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року. Якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом встановлено інший строк давності, виконавчий напис видається у межах цього строку. Тобто в даному випадку передбачається, що боржник буде заперечувати чинність вимог стягувача, але нотаріус в такій ситуації, на наш погляд, має роз'яснити стягувачу право на звернення до суду з проханням про поновлення строку на звернення до суду, що випливає зі ст. 5 Закону України «Про нотаріат» [47]. Але строк, пропущений стягувачем навіть з поважних причин, не може бути поновлений нотаріусом.

Отже, у разі пропущення строку, передбаченого для вчинення виконавчого напису, нотаріус відмовляє у вчиненні цієї нотаріальної дії і в такому випадку стягувачу для захисту своїх прав необхідно звертатись з такою вимогою до суду, яка буде розглядатись в порядку позовного провадження.

Спільною ознакою судового наказу і виконавчого напису нотаріуса є те, що ці акти є виконавчими документами, що підлягають виконанню органами примусового виконання, а тому зміст судового наказу та виконавчого напису нотаріуса мають відповідати вимогам, встановленим ЗУ «Про виконавче провадження».

На відміну від судового наказу, який може бути оскаржений боржником до суду, який його видав, внаслідок чого він може бути скасований чи змінений, оскарження виконавчого напису боржником нотаріусу не можливе, у силу безспірності нотаріального процесу. Отже, боржник має звертатись до суду із позовною заявою про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Отже, процедура видачі судового наказу та вчинення виконавчого напису нотаріусу має багато спільних ознак, а саме: суб'єктами є стягувач і боржник; вичерпний перелік вимог, на підставі яких видається судо-

вий наказ та вчиняється виконавчий напис; об'єктом захисту є безспірне право та інтерес заявника; відсутність спору про право; встановлений строк позовної давності для наказного провадження та строк для вчинення виконавчого напису, у разі пропуску якого в обох випадках необхідно звертатись із заявою до суду, яка вже буде розглядатись в порядку позовного провадження; судовий наказ і виконавчий напис видають за доказами, наданими однією стороною – стягувачем, тому обидва провадження є документарними; судовий наказ і виконавчий напис нотаріуса мають однакову юридичну силу і обидва є виконавчими документами.

Однак, існують і певні відмінності: строк видачі судового наказу довший ніж строк вчинення виконавчого напису нотаріусом; процедура скасування судового наказу простіша, ніж процедура скасування виконавчого напису нотаріуса. Однак, автор дотримується концепції, що виконавчий напис нотаріуса має вчинятися лише на оригіналах нотаріально посвідчених документів, а судовий наказ має стосуватися всіх інших безспірних вимог стягувачів, які ґрунтуються на безспірних доказах, що зумовлює необхідність узгодження положень Переліку. Більше того, процедура діяльності нотаріусів і суду має бути подібною і передбачати охорону і захист прав та інтересів всіх суб'єктів процесу, застерігати можливість зловживання правом тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Фурса С. Я. Современные проблемы нотариата, исполнительной службы и научные пути их решения // Матеріали науково-практичної конференції «Актуальні питання теорії і практики нотаріального, цивільного, виконавчого процесу: їх співвідношення та взаємодія» / За заг. ред. д. ю. н., проф. С. Я. Фурси. – К.: ЦУЛ, 2013. – 532 с.
2. Харитонов Є. О. Цивільний процес України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/glav7/74412-pdrozdl-nakazne-provadjennya.html>.
3. Фурса С. Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
4. Харитонов Є. О. Цивільний процес України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/glav7/74412-pdrozdl-nakazne-provadjennya.html>
5. Вербіцька М. В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис. к. ю. н.: 12.00.03. – Львів, 2011. – 231 с.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print1476958318604106>
7. Фурса С. Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
8. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>

9. Закон України «Про судовий збір» від 08.07.2011 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3674-17/print1476958318604106>.
10. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>.
11. Там само.
12. Фурса С. Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
13. Балюк М. І., Лупеник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. – Х., 2008. – 708 с.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawbook.online/protses-ukrajini-tsvivilnyi/scho-oznachaet-quotspir-pro-pravoquot-pri-57659.html>.
14. Єрошенко О. Б. Спір про право в наказному провадженні: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.stirionline.org.ua/politologiya/30-politika/1389-spir-pro-pravo-una-kaznomu-provadzhenni.html>.
15. Вербіцька М. В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис. к. ю. н.: 12.00.03. – Львів, 2011. – 231 с.
16. Сенік С. Поняття та характерні ознаки наказного провадження: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radnuk.info/home/24340-2013-05-31-15-57-45.html>
17. Фурса С. Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
18. Щербак С. В. Підстави видачі судового наказу: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uabs.edu.ua/images/stories/docs/K_KPD/Shcherbak_18.pdf
19. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» 23.12.2011 № 14: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0014740-11/print1476958318604106>.
20. Татулич І. Співвідношення понять «судове рішення» та «судовий наказ» у цивільному процесі // Юридична Україна. – 2013. – № 6. – с. 76–81.
21. Петров Є. В. Наказне провадження: сучасний стан та перспективи розвитку: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rap.in.ua/2_2014/34.pdf.
22. Плахотіна Н. А. Шляхи вдосконалення наказного провадження в Україні // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2014. – № 29. – с. 75–80.
23. Фурса С. Я. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох книгах / за заг. ред. д. ю. н., професора, заслуженого юриста України С. Я. Фурси. – 3-те вид., доповн. і переробл. – К.: Алерта, 2015. – 484 с.
24. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>.

25. Вербіцька М. В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис.к.ю.н.:12.00.03. – Львів, 2011. – 231 с.
26. Цивільний процес України. Академічний курс: підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]; за ред. С. Я. Фурси. – К.: Вид. Фурса С. Я.; КНТ, 2009. – С. 610.
27. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>.
28. Там само.
29. Нікітюк О. М. Особливості виконавчого напису нотаріуса як способу охорони права спільної власності подружжя // Цивілістична процесуальна думка. – 2016. – № 3. – с. 6–9.
30. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF>.
31. Свідерська М. Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса // Підприємство, господарство і право. – 2005. – № 4. – с. 42–44.
32. Грошева О. Нотаріальна і судова форми запису суб'єктивних прав // Право України. – 2006. – № 1. – с. 95–98.
33. Фурса С. Я. Теорія нотаріального процесу: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/knigi/466-teorya-notaralnogo-protseesu-fursa-sya.html>.
34. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1453366434468785>.
35. Там само.
36. Там само.
37. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1476958318604106>.
38. Свідерська М. Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса // Підприємство, господарство і право. – 2005. – № 4. – с. 42–44.
39. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1476958318604106>.
40. Мельник І. С. Процесуальні особливості вчинення виконавчих написів за нотаріально посвідченими правочинами // Наше право. – 2013. – № 10. – с. 155–160.
41. Фурса С. Я. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох книгах / за заг. ред. д.ю.н., професора, заслуженого юриста України С. Я. Фурси. – 3-те вид., доповн. і переробл. – К.: Алерта, 2015. – 484 с.
42. Алферов І. А. Совершение исполнительных надписей нотариусами / И. А. Алферов // Законодательство. – 2006. – № 10. – с. 10–15.
43. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1453366434468785>.
44. Нікітюк О. М. Особливості виконавчого напису нотаріуса як способу охорони права спільної власності подружжя // Цивілістична процесуальна думка. – 2016. – № 3. – с. 6–9.
45. Фурса С. Я. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох книгах / за заг. ред. д.ю.н., професора, заслуженого юриста України С. Я. Фурси. – 3-те вид., доповн. і переробл. – К.: Алерта, 2015. – 484 с.
46. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1476958318604106>.
47. Там само.

Дыка Алла Александровна
СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ ФИЗИЧЕСКИХ
И ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ: СУДЕБНЫЙ ПРИКАЗ И ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ НАДПИСЬ
НОТАРИУСА (СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ)

В данной статье проведен сравнительный анализ судебного приказа и исполнительной надписи нотариуса. Исследуется специфика выдачи судебного приказа и процедуры совершения исполнительной надписи нотариуса в процессе защиты гражданских прав физических и юридических лиц.

Ключевые слова: судебный приказ, исполнительная надпись, бесспорная, упрощенная процедура, защита, гражданское право.

Alla Dyka
METHODS FOR PROTECTING CIVILIAN RIGHTS OF PHYSICAL AND LEGAL PERSONS:
COURT ORDER AND NOTARY'S EXECUTIVE INSCRIPTION (COMPARATIVE ANALYSIS)

In this article, a comparative analysis of the court order and notary's executive inscription is carried out. The specifics of issuing a court order and the procedure for executing notary's executive inscription in the process of protecting the civil rights of physical and legal entities are investigated.

Keywords: court order, notary's executive inscription, indisputable, simplified procedure, protection, civil law.

УДК 347.9

РОМАНО-КАНОНІЧНА МОДЕЛЬ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ – ОСНОВА ЗАГАЛЬНОЄВРОПЕЙСЬКОЇ ТРАДИЦІЇ

У статті досліджуються питання формування та становлення романо-канонічної моделі цивільного судочинства, що стала основною цивільного процесу європейських держав. Джерелами формування такої моделі стали рецепційовані положення римського права, а також канонічного права, що сформувалося впродовж Середньовіччя.

Ключові слова: романо-канонічна модель цивільного судочинства; цивільний процес; цивільне процесуальне законодавство.

Римське право є одним з найважливіших надбаних людської цивілізації, яке залишило свій відбиток на всіх правових інститутах. Не є виключенням і цивільний процес, адже під час його формування було запозичено основні засади здійснення правосуддя, установлені ще за часів Риму. Саме ці положення відіграють визначальну роль у формуванні тієї моделі судочинства, яка стала фундаментом європейської традиції, оскільки вона відображає установлені суспільні погляди на розгляд і вирішення цивільних справ судом. Закріплення таких засад здійснення правосуддя в ранній республіканській період розвитку римського права свідчить про те, що вони є основними вихідними ідеями і до сьогодні вони здійснюють величезний системний вплив на розвиток цивільного процесу в усьому світі.

Дослідження романо-канонічної моделі, що сформувалась впродовж Середньовіччя в Європі є актуальним питанням сьогодення з огляду на такі аспекти. Реформування цивільного процесуального законодавства, що постійно здійснюється з метою підвищення ефективного цивільного судочинства, запровадження найбільш дієвих механізмів та інститутів, повинно гармонійно поєднуватися з установленими традиціями правосуддя, що є в кожній країні. Відповідно загальні засади реалізації судової влади повинні відображати і традиційні, і новаторські підходи до розгляду цивільних справ.

Питання історії цивільного судочинства традиційно піднімаються в роботах К. Ван Рес, Р. Ван Канегема та інших науковців; водночас в українській науці воно не отримало належної уваги попри активне реформування цивільного процесуального законодавства України з метою запровадження загальних європейських стандартів.

Європеїзація цивільного процесу, що стала однією з основних тенденцій його сучасного розвитку, своїми коренями сягає саме римського права. І це пояснює фено-

мен Європейської конвенції та рішень Європейського суду з прав людини, що сприяли активному зближенню цивільного процесу різних країн – членів Ради Європи. Єдиним механізмом в межах ЄС став транскордонний цивільний процес, який вплинув також на гармонізацію національного цивільного процесуального законодавства держав-членів ЄС. Подальші кроки з розвитку єдиного справжнього правосуддя в ЄС пов'язані з забезпеченням співробітництва держав-членів в судових справах. Важливого значення в цих умовах набуває характеристика тієї особливої моделі цивільного процесу, що сформувалась в європейських країнах у Середньовіччі і стала фундаментом для сучасного зближення національного цивільного процесу країн РЄ та ЄС.

Основою цивільного процесу стали положення, закріплені в основних джерелах римського права. Зокрема, в Законах XII таблиць було визначено основоположні принципи та закріплено основні правила здійснення правосуддя [1, с. 319–343, 477–487], що ознаменувало новий підхід до регулювання судової діяльності з розгляду і вирішення справ. До цього впродовж доволі тривалого періоду правила судочинства були таємні, обізнані з ними належали до привілейованого класу жерців або понтифіків, які й видавали свою волю за закон [2, с. 17–23]. Ідея полягала в тому, що правила, за якими здійснюється судочинство, мають бути втілені в законі – вони повинні бути загальнодомими та загальноприйнятими, і не можуть залежати від волі самого судді.

Аналізуючи Закони XII таблиць, потрібно відзначити, що їх положення закріпили основні принципи цивільного процесу, які залишилися незмінними впродовж усього його подальшого розвитку. По-перше, у таблицях було визначено гарантії публічного відкритого розгляду справ і змагального процесу: «Якщо [сторони спору] не приходять до угоди, нехай [вони] до полудня зійдуться для по-

зову на форумі або на коміціумі. Хай присутні обидві сторони по черзі захищають [свою справу]».

Це положення стало загальною засадою цивільного судочинства, його імманентною ознакою. Законами було також закріплено рівність всіх перед законом – «Якщо викликають [кого-небудь] на судововорінні, нехай [викликаний] йде»; диспозитивність процесу – «На чому домовляється, про те нехай [позивач] і просить [на судововорінні]»; обов'язковості рішення суду та правила примирення сторін спору – «[Після закінчення зазначеного терміну] нехай [позивач] накладе руку [на боржника]. Нехай веде його на судововорінні [для виконання рішення]» [3, с. 13–36].

У системі римського права взаємодіяли два правові механізми – *ius civile Quiritium*, або порядок регулювання відносин за участі громадян Риму та *ius gentium*, що відображав загальні засади права інших народів держави-завойовника, а також *ius gentium*, або право народів Риму. Відповідно римське право часів республіканського періоду та Принципату формувалося як симбіоз, до якого заповнювалося найбільш дієві правові інститути, що стали одним з найважливіших досягнень юридичної думки та основою римського класичного права.

Взаємовплив і взаємодія *ius gentium* та *ius civile* має дуже важливе значення для сучасного розвитку національного внутрішнього права держав-членів та наднаціонального законодавства ЄС. Зокрема, реалізація положень ст. 6 Європейської конвенції надає науковцям підстави вважати основні засади і визначальні підходи до здійснення правосуддя спільними для жителів європейського простору [4, с. 209]. Ратифікація Конвенції поклала на держави відповідні міжнародні зобов'язання, які виконуються і через практику Європейського суду з прав людини – його рішення стали джерелом права для судів в Україні. Так національне право поступово збагачується за рахунок загальноєвропейських цінностей, а на території одного міждержавного об'єднання підтримуються спільні засади здійснення правосуддя.

Положення про рівність всіх перед законом, забезпечення відкритого і змагального процесу розгляду і вирішення справи судом, є надбанням римського права, які стали невід'ємною складовою здійснення правосуддя.

Середньовічну історію цивільного процесу поділяють на два періоди: перший – період примітивної процедури V–XI ст. (*the primitive procedure*); другий – розвиненого процесу XII–XV ст. (*the developed procedure*) (Р. Ван Канегем). Примітивність процесу першого періоду пов'язана з непрофесійністю суддів, які здійснювали правосуддя, та доволі неорганізованим процесом з великою кількістю учасників, який був настільки формалізований, що порушення встановлених правил могли призвести до фатальної помилки й

ухвалення несприятливого рішення у справі [5, с. 8–10].

Для європейської правової традиції характерним явищем є рецепція римського права, зокрема, у період розвитку примітивної процедури V–XI ст. відбуваються основні кодифікації римського права, завданням яких було не тільки зібрання, але й уніфікація чинного законодавства величезних територій тогочасної Римської держави. Найвизначнішим результатом таких робіт став *Corpus Iuris Civilis*, підготовлений упродовж 529–534 рр., який містив багато правил цивільного процесу, проте не мав жодної відокремленої присвяченої йому частини [6]. Істотний вплив кодифікація права, що була розпочата Юстиніаном, справила на формування сучасних правових систем, оскільки на той час до складу Римської (або Східно-Римської Візантійської) імперії належали величезні території більшості сучасних європейських держав, у подальшому такий досвід запозичили і їхні наступники.

XII–XV ст. ознаменували початок систематичного вивчення й узагальнення звичаїв та положень, за якими здійснювалося правосуддя. У цей час в європейських країнах розвивається тенденція узагальнювати різні правові системи за допомогою академічного, транснаціонального права, що викладається в університетах, і це єдине для всіх країн право розцінювалося юридичною наукою як загальне право цивілізованих країн (*ius commune*) [7, с. 45].

Виникнення та діяльність глосаторських і постглосаторських шкіл права в перших європейських університетах справили істотний вплив на подальший розвиток права в цілому і цивільного процесу зокрема. Незважаючи на типові європейські відмінності, як зазначає Р. Ван Канегем, кілька основних характеристик були спільними для всієї Європи, а правила процедури стали об'єктом постійної уваги науковців та суддів: так *custom turned into reasoned law* (звичай перетворився на визначений закон) [8, с. 8–10].

Jus commune, яка функціонувала на більшій частині континенту в останні століття Середньовіччя, була охарактеризована М. Капеллетті і Б. Гартон як загальна процедура Європи, що відрізняється такими важливими ознаками: абсолютне переважання письмового елемента; перешкоджання будь-якому особистому, прямому контакту між особою, що розглядає спір, і сторонами, свідками та іншими особами, які були джерелами інформації; так званою формальністю доказів; а також стабільністю, або поетапністю, здійснення судочинства [9]. Це свідчить про рецепцію пізньоримського судового процесу, якому були притаманні такі ознаки.

Істотний вплив на формування основної європейської моделі цивільного процесу справило канонічне право. Християнство з початку IV ст. стало офіційною релігією

[10, с. 225–226], яку підтримувала державна влада, у період раннього Середньовіччя судова влада перейшла до рук місцевої влади та релігійних організацій і до сфери впливу церкви потрапило і правосуддя; при цьому вони опікувалися не тільки його здійсненням, але і визначенням правил судочинства. Як зазначають в науковій літературі, основні джерела канонічного права сформувалися із канонів Декрету Граціана, права північних італійських міст і папських декретів, що почали застосовуватися спочатку в церковній сфері, а незабаром стали взірцем для модернізації процесуального права у світських судах [11, с. 78].

Декрет Граціана або «Concordantia Discordantium Canonum» – одне з найважливіших джерел канонічного права, результат кодифікації Папських декреталей (декретів), проведеної у 1140 р. Іоанном Граціаном [12, с. 363–365]. За своїм змістом він був поділений на три частини і у його другій частині вже було виокремлено численні питання, що стосувалися процесуального права, яким користувалися церковні суди. У подальшому канонічне право кодифікувалося ще кілька разів упродовж XIII–XIV ст., згодом усі ці збірки у 1583 р. увійшли до «Зводу канонічного права», яке справило величезний вплив на розвиток цивільного процесу в європейських країнах.

Ці джерела містили переважно загальні положення про процес, за яким справи розглядалися церковними судами, а згодом перетворилися на загальні засади канонічного процесу і були запозичені світськими судами. Наприклад, термін «екзекватура» походить від канонічного права, за положеннями якого це був акт світської влади про визнання актів Папи Римського. Одним із запозичених інститутів канонічного цивільного процесу стала «апеляція» – оскарження судового рішення і його перегляд судом вищої інстанції, який мав право скасувати помилкове рішення та ухвалити нове. Основи апеляції були притаманні римському праву, але в канонічному праві XII ст. вона дістала бурхливий розвиток – в умовах суворо ієрархічної системи церковних судів та законодавчо закріплених правил [13, с. 18–19].

Утворена за рахунок положень римського та канонічного права модель цивільного процесу отримала назву «романо-канонічної» і здійснила величезний вплив на подальший розвиток цивільного процесу, оскільки багато її положень було впроваджено в подальших кодифікаціях цивільного процесуального законодавства XIX–XX ст. Надзвичайно важливо те, що в період Середньовіччя, до формування сучасної концепції світу та піднесення ролі суверенних національних держав, основи цивільного процесу були спільними, їхні корені пов'язані з такими значущими цивілізаційними явищами, як християнська релігія та римська правова куль-

тура. Основні її положення були запозичені і відтворені в кодексах цивільного процесу у країнах всієї Європи [14, с. 5–6]. Зокрема, кодифікація цивільного процесуального законодавства розпочалися з ухвалення у 1806 р. *Code de proc dure civile* (Французький ЦПК), який був запозичений як модельний багатьма країнами Європи, що можна пов'язати з активним процесом зближення і формування ліберальних традицій сучасного цивільного процесу в континентальній Європі. *Zivilprozessordnung* (Австрійський ЦПК) 1895 р. символізував відправну точку розвитку цивільного процесу XX ст. – його положення було запозичені при кодифікації в Угорщині (ЦПК 1911 р.), Польщі (ЦПК 1933 р.), а також Югославії (ЦПК 1929 р.) був майже повністю його копією). Таким чином, романо-канонічна модель цивільного процесу стала об'єднуючим фундаментом майже всіх сучасних європейських країн, що зумовлює і наявність у них загальних рис і механізмів здійснення правосуддя в цивільних справах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кофанов Л.Л. Lex et ius: возникновение и развитие в VIII–III вв. до н.э. – М.: Статут, 2006. – 575 с. – С. 319–343, 477–487.
2. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. – М.: Статут, 2004. – 540 с. – С. 154–161; Дождев Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / под общ. ред. акад. РАН, д-ра юрид. наук, проф. В. С. Нерсисянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, 2006. – 784 с. – С. 17–23.
3. Кофанов Л. Л. Законы XII таблиц / отв. ред В. И. Уколова. – М.: Изд-во ИВИ РАН, 1996. – 229 с. – С. 13–36.
4. Storme M. Improving access to Justice in Europe / Marcel Storme // TeKa Kom. Praw. – OL PAN, 2010. – Pp. 207–217. – P. 209.
5. Van Caenegem R. C. History of European Civil Procedure / R. C. Van Caenegem // Encyclopedia of comparative law. Volume XVI. Civil Procedure / ed. by M. Cappelletti. – 1987. – Pp. 8–10.
6. Van Rhee C. H. Civil Procedure: A European Ius Commune? / C. H. Van Rhee // European Review of Private Law. – 2000. – Pp. 589–611.
7. Там само. – С. 45.
8. Van Caenegem R. C. History of European Civil Procedure / R. C. Van Caenegem // Encyclopedia of comparative law. Volume XVI. Civil Procedure / ed. by M. Cappelletti. – 1987. – Pp. 8–10.
9. Cappelletti M. Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure / M. Cappelletti, B. Garth // Encyclopedia of comparative law. Volume XVI. Civil Procedure / ed. by M. Cappelletti. – 1987. – Pp. 1–91.
10. Див.: Гиббон Э. История упадка и разрушения Римской империи: в 8 т. Т. 2. – СПб.: Наука, 2004. – 384 с. – С. 5–62, 231–262; Дейвис Н. Европа: История / пер. з англ. П. Тарашук,

- О. Коваленко. – Київ: Основи, 2014. – 1464 с. – С. 225–226.
11. European Traditions in Civil Procedure / editor C.H. Van Rhee. – Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005. – P. 78.
12. Дейвіс Н. Європа: Історія / пер. з англ. П. Тарашук, О. Коваленко. – Київ: Основи, 2014. – 1464 с. – С. 363–365.
13. Van Caenegem R.C. History of European Civil Procedure / R.C. Van Caenegem // Encyclopedia of comparative law. Volume XVI. Civil Procedure / ed. by M. Cappelletti. – 1987. – Pp. 18–19.
14. European Traditions in Civil Procedure / editor C.H. Van Rhee. – Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005. – Pp. 5–6.

Изарова Ирина Александровна

ROMANO-CANONICAL MODEL OF CIVIL PROCESS – BASIS OF GENERAL EUROPEAN TRADITION

В статье исследуются вопросы формирования и становления романо-канонической модели гражданского судопроизводства, стала основной гражданского процесса европейских государств. Источниками формирования такой модели стали реципированные положения римского права, а также канонического права, которое сформировалось в течение Средневековья.

Ключевые слова: романо-каноническая модель гражданского судопроизводства; гражданский процесс; гражданское процессуальное законодательство.

Izarova Irina

ROMANO-CANONIAN MODEL OF CIVIL PROCESS – BASIS OF GENERAL EUROPEAN TRADITION

The article devoted to the formation of the Romano-canonical model of civil proceedings, which became the main civil procedure frame of most European states. The sources of this model were the reciprocated provisions of Roman law, as well as the canon law, which was formed during the Middle Ages.

Key words: Romano-canonical model of civil procedure; civil procedure; civil procedure law.

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

УДК 347.919.7

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ТА СКАСУВАННЯ ТИМЧАСОВОГО ОБМЕЖЕННЯ БОРЖНИКА У ПРАВІ ВИЇЗДУ ЗА МЕЖІ УКРАЇНИ

У статті розглядається порядок виконання ухвали про тимчасове обмеження у праві виїзду з України боржника та вносяться пропозиції для його вдосконалення. Аналізуються підстави скасування цього заходу, зокрема можливість його зняття як виконавцем, так і судом. Піднята проблематика скасування даної санкції і у разі повернення виконавчого документа стягувачу за його заявою чи з його вини.

Ключові слова: боржник, виконавець, суд, обмеження, право на виїзд за кордон, ухвала, виконання, скасування.

Законом України «Про виконавче провадження» (далі – Закон) [1] п. 19 ч. 2 ст. 18 виконавцю надано право звертатися до суду за встановленням тимчасового обмеження боржника у праві виїзду з України, якщо останній свідомо ухилився від виконання покладених на нього рішень зобов'язань. Відсутність єдності судової практики щодо визначення органу, до компетенції якого належить вирішення таких подань, та в цілому інші проблемні аспекти застосування даного заходу спонукали нас до їх дослідження у попередніх працях. Також піднімали цю тематику і такі вчені як Фурса С. Я., Білоусов Ю. В., Угриновська О. І., Мазіна (Вінциславська) М. В., Сергієнко Н. А. та ін. Все ж деякі питання, пов'язані із запровадженням та скасуванням цієї санкції, не виносилися раніше на розгляд. На жаль, вони досі чітко не врегульовані на нормативному рівні, оминув їх законодавець і у новому Законі. Тому назріла необхідність у постанові не менш актуальних проблем, що потребують детального аналізу, із внесенням відповідних пропозицій по вдосконаленню законодавства.

Як ми вже резюмували [2], життя тимчасового обмеження боржника – фізичної особи або керівника боржника – юридичної особи у праві виїзду за межі України можливе при виконанні будь-яких рішень як судових, так і інших органів (посадових осіб) та ініціюється державним виконавцем за місцезнаходженням органу державної виконавчої служби або приватним виконавцем за місцезнаходженням виконавчого округу шляхом внесення до суду цивільної юрисдикції подання відповідно до ст. 377–1 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [3], у результаті розгля-

ду якого постановляється ухвала. Проте дані обмеження будуть реально діяти лише після її фактичного виконання. Але ні в чинному ЦПК України, ні в проекті нового ЦПК України нічого не сказано про порядок виконання такого акта. Не згадано про це і в Законі та поточній редакції Інструкції з організації примусового виконання рішень (далі – Інструкція) [4], на відміну від попередньої, яка містила п. 11.3 такого змісту: «Державний виконавець не пізніше наступного дня після надходження ухвали суду про тимчасове обмеження особи (боржника) у праві виїзду за межі України до виконання нею своїх зобов'язань направляє засвідчену судом копію цієї ухвали для виконання до Адміністрації Державної прикордонної служби України (далі – ДПС України)». А от у п. 8 ч. 1 ст. 19 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» [5] встановлено, що на ДПС України відповідно до визначених законом завдань покладається, зокрема, запобігання та недопущення в'їзду в Україну або виїзду з України осіб, яким згідно із законодавством не дозволяється в'їзд в Україну або яких тимчасово обмежено у праві виїзду з України, у тому числі згідно з дорученнями правоохоронних органів.

На сьогодні існуючий порядок виїзду за кордон осіб, які мають невиконані зобов'язання, підлягає більш детальному міжвідомчому врегулюванню. Так, у Наказі Міністерства юстиції України та Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взаємодії органів державної виконавчої служби та органів Державної прикордонної служби України під час здійснення виконавчого провадження» від 07.01.2014 р. [6] у Розділі III. Прийняття до виконання

та вилучення інформації з бази даних п. 1 передбачено, що засвідчена судом копія судового рішення про тимчасове обмеження особи у праві виїзду за межі України направляється державним виконавцем не пізніше наступного робочого дня після її надходження до нього для виконання на поштову адресу Головного центру обробки спеціальної інформації Державної прикордонної служби України (далі – ГЦОСІ). ГЦОСІ після надходження зазначеного судового рішення приймає його до виконання та вносить інформацію до бази даних, про що повідомляє відповідний орган державної виконавчої служби протягом трьох днів. Схожий порядок виконання ухвали визначений і чинним спільним листом Міністерства юстиції України та Адміністрації Державної прикордонної служби України «Щодо запровадження єдиного порядку застосування державними виконавцями деяких норм чинного законодавства» ще від 2008 року [7], яким регламентовано, що така ухвала направляється до Адміністрації ДПС України на ім'я Голови ДПС України або його першого заступника – директора Департаменту охорони державного кордону. Адміністрація ДПС України не пізніше наступного дня після надходження зазначеної ухвали суду приймає її до виконання, про що повідомляє листом відповідний орган державної виконавчої служби. Продубльовані ці положення і у Листі Міністерства юстиції України від 06.06.2008 р. «Щодо виїзду за кордон осіб, які мають невиконані зобов'язання, у тому числі зі сплати аліментів, покладені на них рішеннями судів» [8]. Таким чином, проаналізувавши наведені законодавчі акти, вбачається необхідність у закріпленні порядку виконання ухвал про тимчасове обмеження у праві виїзду з України боржника у процесуальному законодавстві. Також, щоб не було процедурних неточностей, треба узгодити діючі норми та скасувати застарілі.

Крім того, у роз'ясненнях Верховного Суду України (далі – ВСУ) [9] з приводу того, що за ст. 377–1 ЦПК України визначається виключно потреба у запровадженні тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України, і що у даному разі на розгляд суду не виносяться питання щодо тимчасового затримання або вилучення паспорта, згадується орган, до компетенції якого відноситься забезпечення виїзду за межі України – ДПС України, яка безпосередньо вживає заходів для обмеження перетину державного кордону у обраний нею спосіб.

До речі, в останньому вищенаведеному нормативно-правовому акті наводиться відмінна від ВСУ позиція щодо цього, і яка полягає в тому, що тимчасове обмеження особам (боржникам) у праві виїзду за межі України може встановлюватися з вилученням паспортного документа чи без такого навіть на підставі судового рішення за по-

данням державного виконавця, а у його резолютивній частині має вказуватися, чи даний захід підлягає застосуванню з вилученням паспортного документа чи без. Тимчасове затримання або вилучення паспорта у таких випадках здійснюється судом, органами прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, ДПС України, військовими комісаріатами та консульською службою України [9]. До того ж, у вже згадуваній попередній редакції Інструкції також про це йшлося, що відповідно треба закріпити і в чинних її положеннях, та чітко прописати повноваження суду при розгляді таких подань, і тоді судова практика не буде суперечливою.

Взагалі, з аналізу вивчених справ убачається, що деякі суди у резолютивній частині ухвали просто задовольняли клопотання державного виконавця про встановлення тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України певного боржника без вказівки на порядок та спосіб її виконання. Поміж тим, незважаючи на загальні правила примусового виконання судових актів, є зворотня практика, коли ухвала саме судом направляється прямо до ДПС України, на яку відповідно і покладається її виконання. І в цьому є певний сенс. Адже, знову-таки, як і у випадку із виконанням ухвали про забезпечення позову шляхом накладення арешту на нерухоме майно, виконавець виступає посередником між судом і органом, що реалізує рішення суду. Більше того, поки ухвала буде пересилатися від суду до виконавця, а від нього до ДПС України, втрачається час, протягом якого боржник може скористатися нагодою безперешкодно вийти з країни, так як він ще не взятий на контроль, і обмеження ще фактично не діятимуть. Звісно, це нівелює всі вжиті виконавцем та судом заходи і зведе нанівець можливість задоволення вимог стягувача. А взявши до уваги ще й те, що така ухвала набуває чинності після спливу п'ятиденного строку на апеляційне оскарження, якщо апеляційну скаргу не буде подано, або у разі її подання після залишення даної ухвали судом апеляційної інстанції без змін, то тим паче, як ми вже наголошували, встановлена судом заборона не буде мати ніякого значення. Тому ми і підтримали пропозицію щодо негайного набрання такого судового акта законної сили, як це передбачено для тих же ухвал про забезпечення позову [2, с. 27]. Отже, з огляду на наведене, вважаємо, що ухвала про тимчасове обмеження у праві виїзду з України боржника після її постановлення повинна негайно направлятися саме судом до ДПС України для того, щоб обмеження були вжиті оперативно.

Також у резолютивній частині ухвали має зазначатися до якого моменту діють обмеження, тобто до виконання якого зобов'язання, покладеного на боржника рішенням суду, і що є підставою для їх

припинення. ВСУ констатує, що в ухвалі слід відображати зміст резолютивної частини рішення, яке перебуває на виконанні та на підставі якого вноситься подання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України. Так, ухвалою Яворівського районного суду Львівської області від 27 листопада 2014 р. тимчасово обмежено у праві виїзду за межі України громадянина України до повного фактичного виконання рішення [9].

Як регламентовано у п. 19 ч. 2 ст. 18 самого Закону, обмеження діє до виконання зобов'язань за рішенням або погашення заборгованості за рішеннями про стягнення періодичних платежів.

Так само Міністерство юстиції України у Роз'ясненнях від 17.09.2012 р. [10] зводить можливість зняття обмеження щодо перетину кордону боржником лише після виконання ним своїх зобов'язань на підставі відповідної постанови державного виконавця.

Більш повно це розписано у спільному листі Міністерства юстиції України та Адміністрації Державної прикордонної служби України, а саме вказується, що у разі виконання боржником відповідних зобов'язань, у тому числі аліментних, та у зв'язку із закінченням виконавчого провадження на підставі ч. 1 п. 8 ст. 37 Закону України «Про виконавче провадження» [11] (що втратив чинність – *М.Л.*), державний виконавець вносить відповідну постанову про закінчення виконавчого провадження, копія якої підлягає обов'язковому направленню до Адміністрації ДПС України для своєчасного зняття особи (боржника) з контролю. А у Листі Міністерства юстиції України від 06.06.2008 р. «Щодо виїзду за кордон осіб, які мають невиконані зобов'язання, у тому числі зі сплати аліментів, покладені на них рішеннями судів» міститься уточнення, що вказана постанова про закінчення виконавчого провадження надсилається державним виконавцем до Адміністрації ДПС України в трьохденний строк з моменту її винесення.

Відповідно ж до п. 5 Розділу XIII Інструкції, тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України особи знімається ще у разі винесення виконавцем постанови про:

- повернення виконавчого документа до суду, який його видав, на підставі ч. 1 ст. 38 Закону;
- закінчення виконавчого провадження на підставі п.п. 1–3, 5–7, 9–12, 14, 15 ч. 1 ст. 39 Закону;
- скасування тимчасового обмеження у праві виїзду особи з України – у разі належного виконання особою зобов'язань щодо сплати періодичних платежів.

У Наказі Міністерства юстиції України та Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взаємодії органів державної виконавчої служби та органів Державної прикордонної служби України під

час здійснення виконавчого провадження» деталізується, що постанова підписується виконавцем та скріплюється печаткою і не пізніше наступного робочого дня з дня її винесення надсилається державним виконавцем до ГЦОСІ.

Цим же актом крім наведених вище підстав вилучення ГЦОСІ з бази даних інформації про встановлення тимчасового обмеження права особи виїзду з України наводиться ще така як отримання засвідченої судом копії судового рішення, що набрало законної сили, про скасування тимчасового обмеження особи у праві виїзду з України. У разі ж надходження до органу державної виконавчої служби рішення суду про скасування обмеження особи у праві виїзду за межі України державний виконавець не пізніше наступного дня пересилає зазначене рішення до ГЦОСІ. ГЦОСІ після надходження постанови державного виконавця або засвідченої судом копії судового рішення приймає її до виконання не пізніше трьох робочих днів після її надходження. Щодо вилучення інформації про особу з бази даних ГЦОСІ протягом трьох робочих днів інформує суд, який виніс відповідне рішення, орган державної виконавчої служби, що виніс відповідну постанову.

Дійсно, у практиці деяких судів мали місце факти постановлення ухвал про скасування (зняття) тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України на підставі заяв сторін виконавчого провадження або державного виконавця, хоча ВСУ стверджує, що таким правом наділено тільки органи ДВС України, які повинні виносити постанову про закінчення виконавчого провадження, у результаті чого вжиті судом заходи скасовуються. ВСУ дійшов висновку, що тимчасове обмеження громадянина України у праві виїзду за межі України законом покладено на суд, а припинення обмеження виїзду у зв'язку з виконанням обов'язку за рішенням, що перебувало на виконанні, – на державного виконавця, інакше суд виконує функції, надані органам ДВС України. Тому ним схвалюється, коли суд відмовляє та повертає державному виконавцю разом з доданими до нього документами подання про скасування ухвали, якою запроваджено дану санкцію для боржника [9].

Однак наразі така категоричність судової гілки влади може стати на заваді у відновленні прав боржника, якщо відпали обставини, які зумовили встановлення йому заборони покидати країну, в той час як Законом не передбачено скасування даного заходу у цьому випадку. Виходить, що коли боржник перестав ухилятися від виконання рішення, то обмеження мають діяти аж до його виконання у повному обсязі? А якщо виїзд за кордон він здійснює в силу своєї діяльності, то у такий спосіб він позбавляється можливості отримати додаткові над-

ходження, за рахунок яких і міг би погасити зобов'язання, а виходить, що змінити він нічого не може. Треба ще враховувати, що виконавець не повноважний скасовувати рішення суду, просто винесена ним постановою з перерахованих у Інструкції підстав обумовлює зняття встановлених судом обмежень і є логічним завершенням цієї процесуальної дії. Тому у цій ситуації саме суд мав би переглядати своє рішення.

Також жодним з наведених вище нормативно-правових актів не передбачається скасування цими суб'єктами вжитого щодо боржника обмеження і у разі повернення виконавчого документа стягувачу. Звісно, призначення повернення виконавчого документа стягувачеві не полягає у закінченні виконавчого провадження, оскільки про такі наслідки в Законі не йдеться, про що свідчить надане стягувачу право повторно пред'явити виконавчий документ до виконання. Однак, як ми вже зазначали раніше, коли виконавчий документ повертається за заявою стягувача чи з його вини, всі вжиті виконавцем заходи примусового виконання рішення повинні скасовуватися, особливо це доцільно щоб стимулювати стягувача не зловживати своїми правами і сумлінно виконувати свої обов'язки у виконавчому процесі [12].

До прийняття нового Закону схожа проблема була з арештом майна, адже так само не йшлося про його зняття у разі повернення виконавчого документа стягувачеві, і все що міг вдіяти боржник це безрезультатно звертався як до суду, так і до державного виконавця для вирішення цього питання. Тепер це врегульовано в Законі, і відповідно до ч. 7 ст. 37 у разі повернення виконавчого документа стягувачу на підставі п.п. 1, 3, 11 ч. 1 ст. 37 арешт з майна знімається. Справді, якщо, наприклад, виконавчий документ був повернутий, бо стягувач відмовився залишити за собою майно боржника, нереалізоване під час виконання рішення, а інше майно, на яке можливо звернути стягнення у нього відсутнє, то абсурдно, щоб накладений арешт на майно боржника діяв далі. За новим Законом навіть відомості про боржника виключаються з Єдиного реєстру боржників одночасно з винесенням постанови про повернення виконавчого документа у цих же випадках. За таких умов і відмовляти зобов'язаній за виконавчим документом особі у виїзді з держави немає підстав, адже це не вона вже перешкоджає виконанню рішення, тому інформація про неї має підлягати вилученню з бази даних ГЦОСІ.

Із наведеного вище знову прослідковується необхідність уніфікації законодавчих норм, зокрема треба однозначно визначити підстави, порядок та строки скасування обмеження у праві виїзду за межі України боржника у всіх зазначених актах, щоб розбіжностей з цих питань не було ні на правовому рівні, ні тим паче на практиці.

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. Малярчук Л. С. Проблемні аспекти вирішення питання про тимчасове обмеження у праві виїзду боржника за межі України // Науково-практичний журнал «Цивілістична процесуальна думка». – 2016. – № 4. – С. 24–29.
3. 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>.
4. 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>.
5. Закон України «Про Державну прикордонну службу України» від 21.01.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003, № 27. – ст. 28. [Електронний ресурс] / режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/661-15>.
6. Наказ Міністерства юстиції України та Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку взаємодії органів державної виконавчої служби та органів Державної прикордонної служби України під час здійснення виконавчого провадження» від 07.01.2014 р. № 288/5/102 // [Електронний ресурс] / режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0273-14>.
7. Лист Міністерства юстиції України та Адміністрації Державної прикордонної служби України «Щодо запровадження єдиного порядку застосування державними виконавцями деяких норм чинного законодавства» ще від 27.05.2008 р. № 25-32/46325-5347 / [Електронний ресурс] / режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v5-32323-08>.
8. Лист Міністерства юстиції України «Щодо виїзду за кордон осіб, які мають невиконані зобов'язання, у тому числі зі сплати аліментів, покладені на них рішеннями судів» від 06.06.2008 р. N25-32/507 / [Електронний ресурс] / режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v25-3323-08?nreg=v25332308&find=1&text=%EF%B3%E4%F1%F2%E0%E2&x=0&y=0>.
9. Узагальнення судової практики Верховного Суду України «Судова практика щодо вирішення питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України» від 01.02.2013 р. [Електронний ресурс] / режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0003700-13>.
10. Роз'яснення Міністерства юстиції України «Тимчасове обмеження боржника у праві виїзду за межі України» від 17.09.2012 р. / режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0031323-12>.
11. Закон України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. (із змінами і доповнен-

нями) // 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>.

12. Малярчук Л.С. Деякі питання, що потребують узгодження у виконавчому процесі // Збірник наукових статей вчених-процесуалістів, практиків, аспірантів, здобувачів

і студентів: матеріали Першої міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої створенню на юридичному факультеті КНУ імені Тараса Шевченка кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури (21–22 лютого 2013 р.) / За заг. ред. д.ю.н., проф. С.Я. Фурси. – К.: ЦУЛ, 2013. – С. 277–279.

Малярчук Любовь Сергеевна
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ВВЕДЕНИЯ И ОТМЕНЫ ВРЕМЕННОГО ОГРАНИЧЕНИЯ ДОЛЖНИКА В ПРАВЕ ВЫЕЗДА ЗА ПРЕДЕЛЫ УКРАИНЫ

В статье рассматривается порядок исполнения определения о временном ограничении в праве выезда из Украины должника и вносятся предложения для его усовершенствования. Анализируются основания отмены этого решения, в частности возможность его снятия как исполнителем, так и судом. Поднята проблематика отмены данной санкции и в случае возврата исполнительного документа взыскателю по его заявлению или по его вине.

Ключевые слова: должник, исполнитель, суд, право на выезд за границу, определение, отмена.

Malyarchuk Lyubov
ACTUAL PROBLEMS OF IMPLEMENTATION AND CANCELLATION OF A TEMPORARY RESTRICTION OF THE RIGHT OF A DEBTOR TO DEPARTURE FROM UKRAINE

The article deals with the procedure for execution of an order on temporary restriction of the right of a debtor to go abroad from Ukraine and puts forth proposals on its improvement. Grounds for cancellation of said measure are analyzed, in particular the possibility of its lifting both by an executor and by court. The issues relating to cancellation of such sanction also in the event of return of a writ of execution to a plaintiff upon his request or through his fault are also considered.

Key words: a debtor, an executor, a court, a restriction, a right to travel abroad, an order, an execution, a cancellation.

Строкач Ірина Іванівна,
здобувач Київського університету
права НАН України

УДК 347.961.1:347.952

**ОСОБЛИВОСТІ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ СУДІВ
ТА ВИКОНАВЧИХ НАПИСІВ НОТАРІУСІВ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ
АСПЕКТ ТА ВЗАЄМОДІЯ НОТАРІУСІВ І ВИКОНАВЦІВ**

У статті надано порівняльний аналіз такого заходу примусового виконання як звернення стягнення на майно боржника у Фінляндії, Сполучених Штатах Америки, Німеччині, Казахстані, Україні з метою забезпечення виконання рішень, зокрема й виконавчого напису нотаріуса.

Проаналізована взаємодія нотаріуса із виконавцем при виконанні виконавчого напису нотаріуса, зокрема у питаннях відкриття виконавчого провадження, сплати виконавчого збору, вимог, які пред'являються до виконавчого документу, яким є виконавчий напис нотаріуса, щодо прав та обов'язків учасників виконавчого провадження та оскарження виконавчого напису до суду та його наслідків для виконавчого провадження тощо. Запропоновано ряд змін до Закону України «Про виконавче провадження» та узгодження їх із нормами Закону України «Про нотаріат», де йдеться про процедуру вчинення нотаріусом виконавчих написів.

Ключові слова: виконавчий напис, нотаріус, виконавець, виконавче провадження, суд.

Примусове виконання виконавчого напису нотаріуса здійснюється на загальних підставах, з дотриманням, передбаченого Законом України «Про виконавче провадження» (надалі - Закон) порядку вчинення

виконавчих дій. Одним із заходів примусового виконання рішень, зокрема й виконавчого напису нотаріуса є звернення стягнення на майно боржника (ст. 10 Закону), яке має неоднакову практику його застосування

в різних країнах, як і врегулювання нотаріальної діяльності [1; 2] Так, наприклад у Фінляндії звернення стягнення на майно боржника здійснюється після накладення арешту на нього. Арешт не може бути накладений без попереднього сповіщення боржника. Крім того, боржник наділений правом визначити порядок арешту власності, якщо цей порядок не вступає у протиріччя із законодавством. Рухоме майно може бути арештовано навіть тоді, коли місце знаходження майна є невідомим, хоча у Фінляндії і відбуваються зміни законодавства в цій сфері [3].

У Сполучених Штатах Америки для накладення стягнення на майно боржника стягувач направляє виконавчий листок маршалу (або шерифу). При цьому він попередньо сплачує послуги з примусового виконання. Стягувач має право вибирати на яке майно звернути стягнення [4].

Що стосується Федеративної Республіки Німеччина [5; 6], то якщо судовий виконавець не виявляє предмети, на які може бути спрямоване стягнення, але боржник доведе вірогідність сплати боргу у найкоротший термін (у межах шести місяців) частинами, він робить стягнення частинами. За умови, якщо кредитор не заперечує. Звернення стягнення на майно боржника не робиться у тому випадку, коли отримана від реалізації звернених до стягнення предметів сума буде меншою за витрати з примусового виконання.

Одночасно з цим, звернення стягнення у Німеччині на рухоме майно боржника починається з того, що судовий виконавець вступає у володіння ними. Грошові засоби, дорогоцінності та цінні папери вилучаються у боржника, інші речі опечатують та передають боржнику на зберігання. Стягнення щодо рухомого майна боржника не може перевищувати суму, необхідну для задоволення вимог кредитора та покриття витрат у здійсненні виконавчих дій.

Звернення стягнення на рухомі речі робиться за заявою стягувача. У ній вказується за рахунок яких речей він вважає можливим виконати його вимоги.

Судові виконавці Німеччини не мають права звертати стягнення на нерухоме майно боржника. Відповідно до законодавства країни, даний захід може бути застосований у трьох формах: примусовий продаж з публічних торгів; примусове управління; примусова іпотека.

Примусовий продаж з публічних торгів нерухомого майна виконується за заявою стягувача судом з виконання. Примусове управління майном дозволяє задовольнити вимоги стягувача за рахунок поточних надходжень від об'єкту нерухомості. Для примусового управління застосовуються правила та умови, що діють для примусового продажу, за деякими винятками.

Після винесення ухвали про арешт нерухомого майна та внесення відповідного

запису до земельного кадастру, суд з виконання сповіщає сторони про встановлення примусового управління. Внаслідок арешту майна у рамках даного заходу примусового виконання боржник позбавляється прав володіння та користування об'єктом нерухомості, який ухвалою суду передається управляючому з примусового виконання. Він зобов'язаний здійснювати необхідні дії для збереження об'єкту нерухомості у його господарському призначенні та використовувати його для задоволення вимог стягувача. Управляючий несе відповідальність перед сторонами за навмисні дії, що завдали їм шкоди. Діяльність управляючого з примусового виконання знаходиться під наглядом суду. Після задоволення вимог стягувача та покриття за рахунок прибутків від управління усіх витрат, суд з виконання своєю ухвалою скасовує рішення про примусове управління та повертає ділянку у користування боржника.

Забезпечувальна іпотека встановлюється у тому випадку, якщо сума боргу перевищує сімсот п'ятдесят євро, шляхом внесення відповідного запису у поземельну книгу, про що робиться відмітка у виконавчому документі, який підлягає виконанню.

Цікавою також є практика з примусового виконання Казахстану. Так, черговість звернення стягнення на майно боржника визначена статтею 168 Кодексу Республіки Казахстан про шлюб (шлюб) і сім'ї, згідно з якою стягнення аліментів в розмірі, встановленому угодою про сплату аліментів або рішенням суду, а також стягнення заборгованості по аліментах здійснюються із заробітку і іншого доходу особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти, при недостатності заробітку і іншого доходу аліменти утримуються з грошових коштів, які знаходяться на рахунках в банках або в небанківських фінансових установах особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти. При недостатності цих коштів стягнення звертається на будь-яке майно особи, зобов'язаної сплачувати аліменти, на яке за законом може бути звернено стягнення [7].

Проаналізована вище практика примусового виконання іноземних країн зокрема, стягнення боргу, має свої особливості, передбачені нормами законодавства тієї чи іншої країни, а також звичаями, встановленими історично.

Так і наша країна має свої особливості врегулювання питань щодо примусового стягнення боргу.

Сучасний етап проведення правової реформи в Україні відрізняється істотними труднощами, обумовленими відірваністю реформування окремих видів діяльності, що в цілому може негативно позначатися на правах та інтересах осіб, особливо, боржників. Так, у ч. 5 ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» передбача-

ється новий порядок відкриття виконавчого провадження, а саме: виконавець не пізніше наступного робочого дня з дня надходження до нього виконавчого документа вносить постанову про відкриття виконавчого провадження, в якій зазначає про обов'язок боржника подати декларацію про доходи та майно боржника, попереджає боржника про відповідальність за неподання такої декларації або внесення до неї завідомо неправдивих відомостей, про стягнення з боржника виконавчого збору в розмірі, встановленому статтею 27 цього Закону [8]. Тобто тепер тільки для рішень немайнового характеру надається строк для добровільного виконання боржником рішення протягом 10 робочих днів.

Отже, виключення із Закону України «Про виконавче провадження» норми у якій регламентувався строк, в межах якого боржник мав право добровільно виконати рішення і в цей період не стягувався виконавчий збір, зобов'язує переглянути діяльність інших правоохоронних і правозахисних органів, щоб необізнаність боржників не була використана їм на шкоду. Тому, на думку автора, суд, виходячи зі ч. 4 ст. 10 ЦПК, оголошуючи рішення про присудження повинен попереджати відповідачів-боржників про наслідки вчинення або не вчинення певних процесуальних дій, зокрема, що у разі виконання останніми рішення суду у добровільному порядку протягом строку набрання ним законної сили, звернення стягувача до виконавців призведе до стягнення з боржника виконавчого збору. Так, згідно ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження» виконавчий збір стягується виконавцем у розмірі 10 відсотків суми, що фактично стягнута, повернута, або вартості майна боржника, переданого стягувачу за виконавчим документом. До цього слід додати, що при зверненні за виконанням виконавчого напису нотаріуса стягувач зобов'язаний буде сплатити і авансовий внесок в розмірі 2 відсотків суми, що підлягає стягненню, але не більше 10 мінімальних розмірів заробітної плати, які так само стягуватимуться з боржника.

Отже, збільшення заборгованості боржника на 12 відсотків можна розцінювати як важливу юридичну обставину, про яку боржника повинні завчасно повідомити. Дана обставина, на думку автора, диктує необхідність надіслання нотаріусом вчиненого ним виконавчого напису боржнику із вказівкою про надання останньому строку для добровільного виконання рішення. Це положення буде позитивним і для стягувача, оскільки добровільне виконання рішення боржником звільнить його від обов'язку сплачувати авансовий внесок.

Виходячи із наведеного вище та особливостей розвитку виконавчих правовідносин, можна зробити висновок про те, що ст. 26 Закону України «Про виконавче проваджен-

ня», де у ч. 8 йдеться про накладений при відкритті виконавчого провадження арешт, не зовсім вдало у ньому розташована. Так, у разі, якщо при відкритті виконавчого провадження виконавцем накладено арешт на майно боржника, боржник, за погодженням із стягувачем, має право передати йому таке майно або реалізувати його та передати кошти від його реалізації стягувачу в рахунок повного або часткового погашення боргу за виконавчим документом. У разі продажу майна боржника покупець повинен внести кошти за придбане майно на рахунок органу державної виконавчої служби або приватного виконавця. Після передачі майна стягувачу або внесення покупцем коштів на рахунок органу державної виконавчої служби або приватного виконавця арешт з проданого майна боржника знімається за постановою виконавця.

Тобто домовленість між боржником та стягувачем за частиною 8 ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» матиме місце тоді, коли на боржника ляже обов'язок у додаткових 12 відсотків, а не до відкриття виконавчого провадження. А про це у ч. 8 ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» нічого не сказано. Хоча для боржника і цей етап є вигідним для укладання, по суті, мирової угоди на зазначених умовах, оскільки при організації і проведенні електронних торгів він може втратити додатково ще 5 відсотків, а при переоцінці і зменшенні розміру стартової ціни на торгах – ще більше.

Якщо ж буквально проаналізувати ст. 7 Закону України «Про виконавче провадження» і можливість її застосування щодо виконавчого напису нотаріуса, то стануть очевидними істотні неузгодженості цієї норми:

- по-перше, назва статті «Добровільне виконання рішень про стягнення періодичних платежів» не відповідає її змісту, оскільки словосполучення «добровільне виконання рішень» має передбачати поведінку і дії боржника, а не стягувача;

- по-друге, слід розрізнити виконавчі документи загальнообов'язкового характеру, наприклад, рішення судів (ст. 14 ЦПК), а також обов'язкові до виконання у примусовому порядку. Отже, вчинений нотаріусом виконавчий напис є обов'язковим для виконавців, а для підприємств, установ, організацій, фізичних осіб – підприємців, фізичних осіб, які виплачують боржнику відповідно заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи, не є обов'язковим;

- по-третє, якщо б заяву про стягнення в добровільному порядку з доходів написав сам боржник, то такі відрахування мали б здійснюватися.

Слід враховувати, що стягнення на заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи боржника звертається у разі відсутності в боржника коштів на рахунках у банках чи

інших фінансових установах, відсутності чи недостатності майна боржника для покриття в повному обсязі належних до стягнення сум (що з'ясується у виконавчому провадженні), а також у разі виконання рішень про стягнення періодичних платежів та стягнення на суму, що не перевищує трьох мінімальних розмірів заробітної плати, а це впливає з виконавчого документу та Закону.

Тому загалом неможливо погодитися з узагальнюючим положенням ч. 4 ст. 7 Закону України «Про виконавче провадження», що підприємства, установи, організації, фізичні особи – підприємці та фізичні особи, зазначені у частині першій цієї статті, за заявою стягувача зобов'язані здійснювати відрахування із заробітної плати, пенсії, стипендії та інших доходів боржника у розмірі, визначеному виконавчим документом, з урахуванням положень статті 70 цього Закону.

Крім того, у ч. 3 ст. 7 Закону України «Про виконавче провадження» йдеться про «наявність заборгованості за виконавчими документами про стягнення періодичних платежів», яка, зазвичай, слугує підставою для вчинення виконавчого напису, тому вона має бути відображена у виконавчому написі. Але слід також зробити акцент на тому, що заборгованість може виникнути з моменту вчинення нотаріусом виконавчого напису до моменту пред'явлення цього виконавчого документу до примусового виконання та додатково зумовлюватися засобами забезпечення виконання зобов'язань (неустойкою, відсотками). Тому дана норма потребує кардинального перегляду щодо кваліфікації дій уповноважених осіб, які допустили зростання заборгованості і не виконали, наприклад, рішення суду, за що може настати кримінальна відповідальність, а у разі невиконання необов'язкових виконавчих документів звернення до виконавців вирішить цю проблему. Коли ж у цій нормі констатуються заперечення розміру заборгованості боржником, то стягувач і має звернутися до суду за захистом власних прав і таким чином ліквідувати спірність у відносинах з боржником.

Отже, редакція ст. 7 Закону України «Про виконавче провадження» має зазнати істотних змін разом з удосконаленням діяльності нотаріусів із вчинення виконавчих написів з метою забезпечення їх добровільного виконання.

Щодо інших проблемних питань, пов'язаних з виконанням виконавчих написів нотаріусів, то тут слід звернути увагу на те, що вони впливають із загальних прав та обов'язків учасників виконавчого провадження і обумовлюються специфікою діяльності виконавців. Так, згідно п. 5 ч. 2 ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження» виконавець зобов'язаний роз'яснювати сторонам та іншим учасникам виконавчого провадження їхні права та обов'язки, але виконавче провадження починається не з роз'яснення прав

та обов'язків, а безпосередньо з вимог виконавця до боржника – подати декларацію про доходи та майно боржника. Дійсно, поряд з цим виконавець зобов'язаний попереджати боржника про відповідальність за неподання декларації або внесення до неї завідомо неправдивих відомостей. Але таке положення ч. 5 ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» лише підсилює негативний вплив отриманої інформації на боржника і не є роз'ясненням боржнику його прав та обов'язків. На думку автора, роз'яснення прав боржника має полягати у тому, щоб довести до його відома зміст ст. 63 Конституції України, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Тому попередження про наслідки невиконання вимоги виконавця щодо подання декларації – це скоріше правовий шантаж, ніж роз'яснення прав та обов'язків боржника і тут відчувається пряма суперечність положень п. 5 ч. 2 ст. 18 з ч. 5 ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження».

Потребується навести лад у законодавстві в питаннях накладання арешту і заборони відчуження об'єктів нерухомості, оскільки у виконавчому провадженні можуть мати місце два або три обмеження у праві розпорядження майном. Так, накладений судом арешт на майно ніхто не вправі знімати, крім суду, який його наклав. Отже, відчужувати такий об'єкт нерухомості можна лише з дозволу суду, що має бути передбачено в рішенні суду, на забезпечення виконання якого й був накладений арешт на майно, про подальшу долю такого майна тощо.

Доволі часто у виконавчому провадженні зустрічається накладена нотаріусом заборона відчуження об'єкту нерухомості і арешт виконавця, зокрема, при зверненні стягнення на предмет іпотеки. Автор вважає, що в таких випадках в силу владних повноважень виконавців слід визнати домінування накладеного виконавцем арешту над встановленою нотаріусом заборонаю відчуження об'єкту нерухомості. Але виконавці мають рахуватися з наведеною в такій забороні інформацією щодо суб'єктів, підстав її накладання тощо. Зокрема, коли заборона відчуження об'єкту нерухомості була накладена не на забезпечення вимог стягувача, то звертати стягнення на такий об'єкт не можна навіть за згодою боржника.

Тому може скластися враження про те, що при існуванні накладеної на об'єкт нерухомості заборони відчуження такого об'єкту додатково накладати арешт виконавцю не потрібно, оскільки цей об'єкт і так не може бути відчужений. Але така позиція є помилковою в силу розмежування компетенції виконавця та нотаріуса. Перший має відповідати за все, що відбуватиметься у виконавчому провадженні, а нотаріус – до пере-

дачі виконавчих документів виконавцям. Тут доцільно порівняти їх відповідальність, яка має істотні відмінності. Згідно п. 9 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про виконавче провадження» учасникам виконавчого провадження гарантується забезпечення права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних виконавців, приватних виконавців і при цьому, звернення з позовом до них чітко потрапляє під юрисдикцію адміністративних судів в силу наданих їм повноважень. Щодо відповідальності нотаріуса, то вона у певній мірі є ускладненою. До цього слід додати, що згідно ст. 27 Закону України «Про нотаріат» нотаріус не несе відповідальності у разі, якщо особа, яка звернулася до нотаріуса за вчиненням нотаріальної дії:

- подала неправдиву інформацію щодо будь-якого питання,
- пов'язаного із вчиненням нотаріальної дії;
- подала недійсні та/або підроблені документи;
- не заявила про відсутність чи наявність осіб, прав чи інтересів яких може стосуватися нотаріальна дія, за вчиненням якої звернулася особа.

Парадокс положень ст. 27 Закону України «Про нотаріат» про звільнення нотаріуса від відповідальності, у передбачених Законом випадках, полягає в тому, що вона може застосовуватися до приватних нотаріусів, а не до всіх осіб, які вчиняють нотаріальні дії. Але варто зазначити, що приватний нотаріус повинен відшкодувати шкоду, заподіяну особі внаслідок незаконних дій або недбалості, в повному розмірі і така відповідальність потенційно може настати, коли виконавчий напис знаходиться на виконанні у виконавчому провадженні.

В силу того, що діяльність нотаріусів та виконавців при виконанні виконавчих написів перетинається, потенційно, можливіми можуть бути і спори між ними.

Враховуючи узагальнення судової практики розгляду спорів про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні, якщо предметом оскарження є нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, а також нотаріальний акт, наприклад, виконавчий напис нотаріуса з підстав недотримання нотаріусом вимог чинного законодавства при їх вчиненні, цілком обгрунтовано, що в якості відповідача у даній категорії спорів має залучатися саме нотаріус, який вчинив таку нотаріальну дію. Коли ж звернення до нотаріуса з позовом обумовлюється відмовою виконавця відкрити виконавче провадження на тій підставі, що виконавчий напис має істотні недоліки, допущені нотаріусом, то останньому слід залучати в таких справах приватного або державного виконавця як третю особу.

Слід також зробити акцент на співпраці нотаріусів та виконавців, про яку йдеться у Законах України «Про нотаріат» та «Про

виконавче провадження». Зокрема, у ст. 8 Закону України «Про нотаріат» встановлено: «Довідки про вчинені нотаріальні дії та інші документи надаються нотаріусом протягом десяти робочих днів на обгрунтовану письмову вимогу ... державного виконавця, приватного виконавця за виконавчим провадженням з обов'язковим зазначенням номера виконавчого провадження та реквізитів виконавчого документа, на підставі якого здійснюється виконавче провадження». На думку автора, останнє положення доводить обгрунтованість звернення виконавця до нотаріуса, яким вчинявся виконавчий напис на документі, що встановлює заборгованість.

Не важко встановити ті підстави, які можуть спонукати виконавця до такого звернення. Так, стягнення за виконавчими документами, насамперед, звертається на кошти боржника в гривнях та іноземній валюті, інші цінності, зокрема кошти на рахунках та вкладах в установах банків та інших кредитних організаціях, на рахунки в цінних паперах у депозитаріях цінних паперів. Також передбачається, що у разі відсутності у боржника коштів та цінностей, достатніх для задоволення вимог стягувача, стягнення звертається на належне боржникові інше майно, за винятком майна, на яке згідно з законом не може бути звернено стягнення. Боржник має право вказати ті види майна чи предмети, на які необхідно звернути стягнення в першу чергу. Остаточо черговість стягнення на кошти та інше майно боржника визначається виконавцем.

Однак, доволі часто боржники унеможливають звернення стягнення на власне майно шляхом його відчуження або обтяження правами інших осіб. Тому такі відомості виконавці можуть отримати від нотаріусів.

Для більш детального розуміння стягнення у виконавчому процесі можна скористатися поділом порядку звернення стягнення залежно від того:

- юридична чи фізична особа виступає боржником;
- за яким видом заборгованості вчинено виконавчий напис (наприклад за договором застави (рухомого чи нерухомого майна) договором позики).

Стягнення на майно боржника звертається в розмірах і обсягах, необхідних для виконання за виконавчим документом з урахуванням витрат на виконання. У випадках, коли боржник володіє майном спільно з іншими особами, стягнення звертається на його частку, що визначається судом за поданням виконавця.

Якщо виконавчим написом передбачене конкретне майно, яке стягується, державний або приватний виконавець, насамперед, звертає стягнення на заставлене майно. У разі, якщо коштів, одержаних від реалізації заставленого майна недостатньо для

задоволення вимог стягувача, виконавець повертає виконавчий документ стягувачу та складає акт про відсутність майна у боржника або недостатність майна для задоволення вимог стягувача.

Виконавець встановлює місцезнаходження належного боржнику майна, що залежить від певної інформації, яка має сприяти здійсненню виконавцем його повноважень. Якщо виконавчий напис вчинявся на підставі іпотечного договору, то, відповідно, стягується нерухоме майно, що було передано в забезпечення виконання умов кредитного договору, та зазначене у самому виконавчому написі. В цьому разі у виконавця не виникає перешкод та недостачі інформації щодо предмету стягнення.

У разі, якщо у виконавця відсутня інформація, необхідна для вчинення виконавчих дій, то в такому разі він офіційно звертається до всіх органів, організацій, посадових осіб, громадян і юридичних осіб на території України, які у встановлений ним строк повинні надати йому безкоштовно документи або їх копії, необхідні для здійснення його повноважень, що також можуть бути використані для розшуку майна.

Вимоги, на підставі яких нотаріусом вчинявся виконавчий напис, зокрема грошові та інші майнові стягнення, які провадяться у виконавчому провадженні, можуть оспорюватися боржником до суду в порядку позовного провадження. Тому, якщо виконавчий напис нотаріуса, який перебуває у провадженні виконавця, був оскаржений до суду, ця обставина є підставою для обов'язкового зупинення виконавчого провадження. У цьому випадку виконавче провадження зупиняється до набрання рішенням за скаргною законної сили, але при умові підтвердження судом законності виконавчого напису нотаріуса.

Закінчення виконавчого провадження передбачає здійснення всіх передбачених

дій та унеможлиблює подальше здійснення виконавчих дій. Про закінчення виконавчого провадження виконавець вносить постанову. Копія постанови направляється сторонам та суду або іншому органу (посадовій особі), які видали виконавчий документ, тобто нотаріусу, який вчинив виконавчий напис. Закриття виконавчого провадження викликає певні правові наслідки: припиняється чинність арешту майна боржника, скасовуються інші здійснені державним виконавцем заходи примусового виконання рішення, а також провадяться інші дії, необхідні у зв'язку із закриттям виконавчого провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. By His Excellency MITT ROMNEY GOVERNOR. REVISED EXECUTIVE ORDER NO. 455(04-04) STANDARDS OF CONDUCT FOR NOTARIES PUBLIC <http://www.mass.gov/courts/docs/lawlib/eo400-499/eo455rev.pdf>
2. Deutsche Botschaft Luxemburg. Notare in Luxemburg http://www.luxemburg.diplo.de/Vertretung/luxemburg/de/04-RK-Bereich/service-a-z/Notarliste_Seite.html.
3. Hallituksen esitys Eduskunnalle takausta ja vierasvelkapanttausta koskevaksi lainsaadannoksi // <http://www.finlex.fi/fi/esitykset/he/1998/19980189>.
4. The Kentucky Secretary of State's Notary Portal // <http://app.sos.ky.gov/notaries/>.
5. Bundesnotarkammer <http://notar.de/>.
6. Gerichtsvollzieher Den Gerichtsvollzieher verteilungsplan finden Sie unter «Service-Gerichtsvollzieher» <https://www.saarland.de/SID-BAFDCF63-0C833C12/123305.htm>.
7. Обращение взыскания на имущество при задолженности по алиментам./ De facto <http://www.defacto.kz/>.
8. 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>.

Строкач Ирина Ивановна **ОСОБЕННОСТИ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ СУДОВ** **И ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ НАДПИСЕЙ НОТАРИУСОВ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ** **И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ НОТАРИУСОВ И ИСПОЛНИТЕЛЕЙ**

В статье произведен сравнительный анализ такого мероприятия принудительного исполнения как обращение взыскания на имущество должника в Финляндии, Соединенных Штатах Америки, Германии, Казахстане, Украине с целью обеспечения выполнения решений, в том числе исполнительской надписи нотариуса.

Проанализировано взаимодействие нотариуса с исполнителем при выполнении исполнительской надписи нотариуса, в частности в вопросах открытия исполнительного производства, уплаты исполнительного сбора, требований, которые предъявляются к исполнительному документу, которым является исполнительная надпись нотариуса, о правах и обязанностях участников исполнительного производства и обжалования исполнительской надписи в суд и его последствий для исполнительного производства и тому подобное.

Предложен ряд изменений в Закон Украины «Об исполнительном производстве» и согласования их с нормами Закона Украины «О нотариате», где говорится о процедуре совершения нотариусом исполнительской надписи.

Ключевые слова: исполнительная надпись, нотариус, исполнитель, исполнительное производство, суд.

Strokach Irina

FEATURES OF THE PRIMARY IMPLEMENTATION OF DECISIONS OF JUDGES AND EXECUTIVE NOTES OF NOTARIES: COMPARATIVE ASPECT AND INTERACTION OF NOTARIANS AND EXECUTORS

The article provides a comparative analysis of such a measure of forced execution as foreclosure of the debtor's property in Finland, the United States of America, Germany, Kazakhstan, and Ukraine in order to enforce the decisions, including the notary's executive inscription.

The interaction of the notary with the executor is analyzed in the execution of the notary's executive inscription, in particular, in the issues of opening of enforcement proceedings, payment of executive fees, requirements appearing in an executive document, which is an executive note of the notary, regarding the rights and obligations of the participants in the enforcement proceedings and the appeal of the executive inscription to the court and its consequences for enforcement proceedings, etc.

A number of changes were made to the Law of Ukraine «On Enforcement Proceedings» and their harmonization with the norms of the Law of Ukraine «On Notary», which deals with the procedure for the execution of notarized executive writings.

Key words: *executive inscription, notary, executor, enforcement proceedings, court.*

Улетова Галина Дмитриевна,

доктор юридических наук, профессор
кафедры правового регулирования рыночной экономики
Института государственной службы и управления
Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ,
почетным работником высшего профессионального образования РФ

УДК 347.9:342.951

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК НЕОБХОДИМАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ ЭФФЕКТИВНОЙ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ: КУДА ДВИГАТЬСЯ ДАЛЬШЕ? (ИНТЕРВЬЮ)

Рассматриваются актуальные проблемы исполнительного производства. Дается ретроспектива развития законодательства об исполнительном производстве в советский и постсоветский период. Отмечается роль судебной практики и зарубежного опыта в процессе совершенствования законодательства об исполнительном производстве. Особо выделяются перспективные направления совершенствования института принудительного исполнения в России.

Ключевые слова: *исполнительное производство, законодательство об исполнительном производстве, Федеральная служба судебных приставов.*

Коротко об авторе. В 2007 году в Институте государства и права РАН защитила докторскую диссертацию на тему «Источники исполнительного права Российской Федерации». В 2010 году ВАК РФ присвоено ей ученое звание профессора по кафедре гражданского, арбитражного процесса и трудового права. В течение ряда лет (2001–2011) заведовала кафедрой гражданского, арбитражного процесса и трудового права КубГУ. С 2012 года – профессор РАНХ и ГС при Президенте РФ. Преполагает дисциплины: гражданский процесс (теория и практика), арбитражный процесс (теория и практика), актуальные проблемы исполнительного производства. Опубликовала более 150 научных работ, среди которых авторский законопроект «Об исполнительности деятельности частных судебных приставов-исполнителей». СПб., 2005, 2006; проект Исполнительного кодекса Российской Федерации (в соавторстве). Краснодар; СПб., 2004, М., 2009.

Член экспертно-консультативного при Комитете Совета Федерации по гражданскому праву, гражданско-процессуальному праву, арбитражно-процессуальному праву и исполнительному производству. Член рабочей группы по разработке первого проекта Исполнительного кодекса Российской Федерации, член редакционных коллегий журнала «Современное право», книжной серии «Теория и практика гражданского права и процесса (СПб., Юриди-

ческий Центр «Пресс»). До 2012 года возглавляла Общественный совет при Главном судебном приставе Краснодарского края. Сопредседатель редакционной коллегии книжной серии «Классика российской процессуальной науки» (совместно с проф. МГУ им. М. В. Ломоносова М. К. Треушниковым) (некоммерческий проект). Имеет 10 международных сертификатов о повышении квалификации (США, Англия, Франция, Швейцария, Италия и др.).

Сфера научных интересов – актуальные проблемы гражданского процесса; исполнительное производство, научное наследие в сфере российской процессуальной науки.

Награждена медалью Анатолия Кони за большой вклад в реализацию государственной политики в сфере юстиции и в развитие системы исполнительного производства (2007 год), Почетной грамотой главы Администрации (губернатора) Краснодарского края за проведение особо значимых мероприятия (2010 год) и другими наградами.

Воплощение концептуальной идеи самостоятельности исполнительного производства в связи с очевидной обособленностью его предмета и метода от гражданского процесса позволило избежать коллапса судебной системы, освободившейся от функций текущего контроля в сфере исполнительного производства. Об этом и многом другом мы побеседовали с проф. Г. Д. Улётовой.

Ред. Уважаемая Галина Дмитриевна, как известно, советские процессуальные кодексы (ГПК РСФСР 1923 года и ГПК РСФСР 1964 года) основывались на концепции единства гражданского процесса и исполнительного производства. В ГПК РФ 2002 года эта концептуальная идея не нашла отражения, поскольку законодатель избрал путь автономного развития исполнительного производства, что повлекло за собой изменение роли суда в сфере принудительного исполнения, существенное изменение содержания многих норм кодекса, ранее регламентировавших исполнение судебных постановлений, и появление большого количества отсылочных норм к Федеральному закону от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

На Ваш взгляд, не было ли это ошибкой, которую надо исправлять, учитывая состояние дел в сфере принудительного исполнения, её важность для повышения эффективности судебной системы?

Г. Д. Улётова. Действительно, в советских процессуальных кодексах была воплощена концептуальная идея единства гражданского процесса и исполнительного производства. На мой взгляд, это было обусловлено в первую очередь факторами экономического характера, неразвитостью частной собственности (доминировала государственная собственность) и организационными причинами: судебные исполнители состояли при районных судах и осуществляли свою деятельность под контролем председателя соответствующего суда. Однако обратите внимание на то, что идея автономного развития исполнительного производства зародилась не сегодня, а еще в советском исполнительном производстве, поскольку именно в советский период ученые пришли к пониманию фрагментарности правового регулирования исполнительного производства и нецелесообразности закрепления в ГПК (процессуальном источнике) подробного регламента исполнения судебных решений в силу специфического предмета деятельности судебного исполнителя.

На мой взгляд, это и привело к разработке и принятию специального ведомственного акта – Инструкции об исполнительном производстве (утв. Приказом Министерства юстиции СССР от 15.11.1985 № 22). В последующем соответствующий раздел ГПК РСФСР и эта Инструкция стали правовой основой для серьезной кодификации законодательства об исполнительном производстве, востребованной новыми социально-экономическими и правовыми реалиями в стране.

24 октября 1991 г. произошло важное историческое событие: Верховным Советом РСФСР была утверждена Концепция судебной реформы (см.: Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435) – комплекс современных научных правовых идей и мер, направленных на серьезное преобразование и обновление отечественного судопроизводства, в том числе и гражданского судопроизводства и исполнительного производства как его составляющей. Это обусловлено единством основной цели – защита нарушенных прав, свобод и законных интересов граждан и организаций. Был принят первый специальный в истории развития исполнительного производства нормативный правовой акт – Федеральный закон от 21.07.1997 № 119-ФЗ «Об исполнительном производстве». Одновременно приняли и Федеральный закон от 21.07.1997 № 118-ФЗ «О судебных приставах». Их принятие послужило мощным катализатором расцвета науки исполнительного производства, которая в этот период развивалась очень медленно, находясь на задворках науки гражданского процесса.

Именно в названных двух законах, на мой взгляд, в полной мере была реализована более разумная концептуальная идея самостоятельности исполнительного производства (исполнительного права) в связи с очевидной обособленностью его предмета и метода регулирования от гражданского процесса, относительной автономностью законодательства об исполнительном производстве, взаимодействия исполнительного

го производства с гражданским процессом и другими отраслями российского права. Полагаю, это решение позволило избежать коллапса судебной системы, освободившейся в значительной части от функций предварительного контроля и полностью – от текущего контроля за действиями органов принудительного исполнения в сфере исполнительного производства. В этом огромная заслуга тех, кто принимал участие в разработке названных законов, и Высшего Арбитражного Суда РФ, осознавшего необходимость принятия специальных законов.

Усложнение отношений в сфере экономики выявило проблемы в сфере исполнительного производства, показало недостаточную разработку действующих механизмов исполнения судебных актов. Потребность в более эффективной модели исполнительного производства стала основой для новых дискуссий о месте исполнительного производства в системе российского права и возникновения различных концепций дальнейшего совершенствования законодательства.

Ред. Сохранилась ли приверженность концепции автономного развития исполнительного производства в разработанном под руководством проф. В.М. Шерстюка проекте Исполнительного кодекса РФ? Имела ли место конкуренция идей при обсуждении будущего российского исполнительного производства в процессе работы над проектом?

Улётова Г.Д. Концепция автономного развития исполнительного производства нашла отражение не только в первом варианте проекта Исполнительного кодекса РФ (2004 год), но и во втором (2009 год). Рабочую группу возглавлял проф. В.М. Шерстюк, внесший огромный вклад в разработку и названных проектов, и Арбитражного процессуального кодекса РФ [1]. Рабочая группа над проектами работала в режиме беспрецедентной открытости и постоянных дискуссий. К примеру, содержательная дискуссия о направлениях дальнейшего развития исполнительного производства состоялась в 2003 году на встрече представителей гражданской процессуальной науки «Развитие гражданского процессуального права в России, странах СНГ и Балтии» в Твери (инициатор встречи – декан юридического факультета Тверского государственного университета Л.В. Туманова)[2]. Вопросы исполнительного производства были в центре внимания участников международной научной конференции «Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций», организованной КубГУ (23–26 мая 2002, Краснодар; Сочи). На конференции обсуждались концепция Исполнительного кодекса РФ (И.В. Исаенкова, В.М. Шерстюк, В.В. Ярков), а также Концепция развития системы исполнительного законодательства

и службы судебных приставов Российской Федерации, представленная проф. В.В. Ярковым. Большой интерес вызвал альтернативный подход к проблеме, изложенный в статье Е.Г. Стрельцовой: «К вопросу о концепции исполнительного производства» [3]. Эти материалы не утратили своей актуальности и сейчас востребованы в связи с дискуссией о месте исполнительного производства в Концепции единого ГПК РФ.

Важным событием в науке исполнительного производства стала международная научно-практическая конференция «Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика» (20–23 октября 2004 г., Сочи), в которой участвовало большинство членов рабочей группы [4]. В ходе этой конференции прошла презентация первого проекта Исполнительного кодекса. Его обсуждение состоялось не только в рамках пленарного, но и специального секционного заседания «Современная доктрина исполнительного производства и проект Исполнительного кодекса Российской Федерации», модератором которого был проф. В.М. Шерстюк. В обсуждении приняли участие ведущие российские ученые, многие зарубежные ученые, специализирующие на проблемах исполнительного производства, практикующие судьи и судебные приставы-исполнители, в том числе главные судебные приставы ряда субъектов Российской Федерации.

К сожалению, до настоящего времени эти проекты не воплощены в жизнь по причинам объективного и субъективного характера, а возможно и в связи с тем, что в их подготовке ФССП России тогда играла минимальную роль. Безусловно, сегодня проекты требуют серьезного обновления, поскольку за время, прошедшее с момента их разработки, исполнительное производство благодаря активному участию в законопроектной работе ФССП России существенно обновилось и обогатилось новыми институтами, в том числе новыми мерами принудительного исполнения.

Ред. Галина Дмитриевна, скажите, пожалуйста, рабочая группа продолжает работу над проектом Исполнительного кодекса РФ или его принятие уже не актуально, учитывая существенное обновление в последнее время Федерального закона «Об исполнительном производстве»?

Улётова Г.Д. Сейчас, насколько мне известно, работа идет над третьим вариантом проекта Кодекса, но деятельность новой межведомственной рабочей группы пока широко не освещается. К сожалению, многие ученые, занимающиеся проблемами исполнительного производства, не вошли в ее состав, на что справедливо обратил внимание и В.М. Шерстюк.

Ред. Где читатели могут ознакомиться с последней версией Концепции исполни-

тельного производства? Что Вы можете пожелать членам рабочей группы?

Улётова Г.Д. Вопрос лучше адресовать Минюсту России и ФССП России. Мне же представляется очень интересной и глубокой статья бывшего руководителя нашей рабочей группы проф. В.М. Шерстюка, который представил юридической общественности свой взгляд на новую концепцию, выразив надежду, что серьезные наработки прежнего состава рабочей группы будут учтены.

Коллегам хочу пожелать успешной работы над этим значимым для отечественной правовой системы делом, чтобы в ходе работы царил дух не соперничества, а сотрудничества и взаимопонимания, как это было при работе над первым проектом Исполнительного кодекса РФ. Полагаю, что для практики не столь важно, чьи научные идеи в большей степени будут реализованы в проекте. Важно, чтобы появился проект, который будет содержать правовую основу для более эффективного исполнительного производства.

Потребность практики в законе в виде кодекса становится все более очевидной. Регулирование ряда важнейших вопросов в сфере исполнительного производства, затрагивающих права взыскателей, должников, а нередко и других лиц, с помощью приказов Директора ФССП России, несмотря на их серьезную проработанность, не соответствует природе исполнительного производства, являющегося предметом ведения Российской Федерации.

Ред. Какой период Вы считаете наиболее плодотворным в развитии науки исполнительного производства?

Улётова Г.Д. По-моему, золотое время в развитии науки исполнительного производства можно обозначить временными рамками с 1997 по 2011 год: это – период наиболее эффективного сотрудничества ученых разных вузов нашей страны (МГУ, Санкт-Петербургский государственный университет, УрГЮА, МГЮА, РАП, СГАП, Воронежский государственный университет, Казанский государственный университет, Кубанский государственный университет и др.). Эта важная для повышения эффективности судебной власти сфера тогда стала предметом интереса и серьезных научных исследований, ряд ученых – О.В. Исаенкова, В.Ф. Кузнецов, Д.Х. Валеев, Д.Я. Малешин, Е.Н. Кузнецов, А.В. Рого – защитили докторские и кандидатские диссертации.

Исполнительное производство было предметом активных дискуссий на площадках различного уровня с участием не только ученых, но и судей Верховного Суда РФ, Арбитражного Суда РФ и других судов, представителей ФССП России и ее территориальных органов, непосредственно реализующих функции по исполнению су-

дебных решений. Не могу не сказать о плеяде замечательных советских и российских ученых (М.Г. Авдюков, Ю.И. Гриньков, Р.Х. Валеева, А.М. Смецкая, В.П. Пастухов, Л.К. Крамаренко, Л.Н. Завадская, А.К. Сергун, М.К. Юков, В.М. Шерстюк, В.В. Ярков и др.), исследования проблем исполнительного производства которых подготовили всплеск научной активности нового поколения ученых.

Последующие дискуссии и анализ практики исполнительного производства позволили выявить существующие в этой сфере проблемы и привели к осознанию потребности дальнейшего совершенствования действующего законодательства и принятия Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее – Закон об исполнительном производстве). Названный закон стал одним из важнейших актов, обеспечивших становление правового государства и стабильность гражданского оборота. Его принятие позволило придать новое качество системе принудительного исполнения и деятельности по исполнению судебных решений.

Однако далеко не все проблемы исполнительного производства решены, и это обстоятельство актуализирует дискуссию о необходимости завершения работы над проектом Исполнительного кодекса РФ.

Ред. Галина Дмитриевна, какие еще факторы, наряду с качественным законом, серьезно влияют на эффективность исполнительного производства?

Улётова Г.Д. Несомненно, качественное и понятное для граждан законодательство оказывает серьезное влияние на эффективность избранной модели исполнительного производства, но, к сожалению, не все зависит от содержания конкретного нормативного акта, будь то кодекс или закон. Не менее важны факторы, которые не всегда могут учесть разработчики новых законов: состояние (динамика) правовой и экономической системы в целом; экономический кризис; уровень доверия граждан к судебной системе и судьям, принимающим как справедливые, так иногда и несправедливые судебные решения, которые нередко впоследствии должниками сознательно не исполняются; непоследовательность законодателя в процессе регулирования отношений в сфере исполнительного производства и несогласованность норм базового закона с нормами других процессуальных и материальных законов, на что справедливо и неоднократно обращал внимание Главный судебный пристав РФ А.О. Пар фенчиков, и, к сожалению, предельно низкий уровень правосознания граждан-должников.

Но самые значимые факторы, на мой взгляд, – отсутствие серьезной мотивации у лиц, непосредственно занимающихся принудительным исполнением судебных и иных

юрисдикционных актов. Как следствие – неуклюжесть в должной мере территориальных подразделений службы судебных приставов профессиональными юристами, недостаточная заинтересованность общества и государства в наличии эффективной системы принудительного исполнения, что и привело к появлению работающих длительное время вне правового поля коллекторов.

Приходится согласиться с мнением проф. Д. А. Фурсова и проф. В. В. Лазарева, которые считают, что «без государственной воли невозможно существование никакого права», в равной степени невозможно и существование эффективного исполнительного производства, если законодателем не предпринимается очевидные меры для повышения статуса судебного пристава-исполнителя, мотивации его деятельности по правильному и своевременному исполнению судебных актов, актов других органов. Мотивации лиц, непосредственно занимающихся принудительным исполнением судебных решений, – ключевой аспект для формирования более эффективной модели российского исполнительного производства.

Ред. Как Вы считаете, с момента принятия Закона № 229-ФЗ российское законодательство об исполнительном производстве стало качественнее? Можно ли утверждать, что оно соответствует лучшим мировым образцам? Есть ли в этом заслуга ФССП России?

Улётова Г. Д. Думаю, что идеальной модели исполнительного производства не существует. Кроме того, конкурсы на лучший в мире закон никто не проводил, поэтому на Ваш вопрос ответить очень сложно. Но Закон № 229-ФЗ принимается во внимание при обновлении законодательства об исполнительном производстве на постсоветском пространстве, и это говорит о том, что он значительно усовершенствован. Во всяком случае он, без сомнения, намного лучше проекта Глобального кодекса принудительного исполнения. Считаю, что в России накоплен позитивный опыт законодательного регулирования отношений в сфере исполнительного производства, который должен быть обобщен и использован не только при доработке проекта Исполнительного кодекса РФ. Он заслуживает серьезного внимания и может быть учтен при выработке европейских стандартов в этой сфере, Модельного кодекса исполнительного производства для стран СНГ, а также при формировании основ международного исполнительного производства в ходе доработки Глобального кодекса принудительного исполнения.

Что касается заслуг ФССП России в деле совершенствования законодательства об исполнительном производстве, то, на мой взгляд, за прошедший период Служ-

бой сделано невероятно много. Это время можно охарактеризовать как период постоянного поиска наиболее эффективных процессуально-процедурных механизмов исполнения судебных решений и новых мер принудительного исполнения, последовательного совершенствования законодательства об исполнительном производстве с учетом лучших практик некоторых зарубежных государств (Беларусь, Израиль, Казахстан, Финляндия, Германия, Франция, Чехия и др.), в которых апробированы отдельные эффективные меры принудительного исполнения, ранее не известные отечественному исполнительному производству.

Нельзя не отметить, что в последние годы ФССП России было организовано и проведено на высочайшем уровне несколько международных научно-практических конференций по актуальным проблемам исполнительного производства, в том числе и с целью изучения международного опыта в этой сфере и возможного его использования в процессе совершенствования отечественного исполнительного производства, что оказало определенное влияние на качество законодательства об исполнительном производстве. По итогам этих форумов изданы очень интересные сборники¹, в которых выявлены и обозначены новейшие тенденции в исполнительном производстве. Полагаю, эти издания могут быть полезны не только судебным приставам, законодателю, но и ученым, в первую очередь молодым, которые ищут актуальные темы для своих научных исследований.

Сфера исполнительного производства находится в зоне постоянного пристального внимания не только ФССП России и юридической науки, но и российского законодателя, Конституционного Суда РФ, Европейского суда по правам человека. В настоящее время ФССП России, на мой взгляд, необходимо сместить акценты в область фактического исполнения судебных решений и как можно скорее принять меры по повышению мотивации деятельности судебных приставов, о чем неоднократно писали и говорили на различных форумах многие ученые.

Ред. Галина Дмитриевна, как известно, ряд норм Закона об исполнительном производстве и ГПК РФ, регулирующих отдельные вопросы исполнительного производства, оспаривались в Конституционном Суде РФ гражданами и организациями и поверялись на предмет их конституционности, причем не всегда безуспешно. Считаете ли вы, что Конституционный Суд РФ оказывает влияние на качество законодательства об исполнительном производстве?

Улётова Г. Д. Значение Конституционного Суда РФ в улучшении отечественной правовой системы трудно переоценить. Его правовые позиции несомненно оказывают серьезное влияние и на содержание (со-

вершенствование) норм законодательства об исполнительном производстве, и на последующую судебную практику в этой сфере, а в последнее время – и на содержание постановлений Пленума Верховного Суда РФ. Это позволяет сделать вывод о последовательной и, надеемся, устойчивой тенденции конституционализации правоприменительной практики судов, деятельности органов принудительного исполнения и в целом российского законодательства об исполнительном производстве.

Например: Розыск должников и их активов: национальное регулирование и международное сотрудничество: сб. мат-лов V Междунар. науч. – практ. конф. 9–11 сентября 2014 г., г. Владикавказ / отв. ред. А. О. Парфенчиков, В. А. Гуреев. Владикавказ, 2015; Ограничение прав должника: новеллы законодательства и практика применения: сб. мат-лов VI Междунар. науч. – практ. конф. 8–10 сентября 2015 г., г. Улан-Удэ / отв. ред. А. О. Парфенчиков, В. А. Гуреев. М., 2016.

Однако, к сожалению, еще не все важные правовые позиции, способные повысить результативность деятельности органов принудительного исполнения, нашли отражение в действующем законе, поэтому модель отечественного исполнительного производства будет совершенствоваться. В этой связи новому составу Государственной Думы РФ предстоит серьезная работа в данной сфере.

Ред. Конституционный Суд РФ неоднократно указывал, что исполнение судебного решения, по смыслу ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод, следует рассматривать как элемент судебной защиты. Означает ли это, что исполнительное производство является стадией гражданского процесса?

Улётова Г. Д. Действительно, названная вами позиция изложена в ряде постановлений КС РФ [5]. Вместе с тем было бы неправильно утверждать, что КС РФ рассматривает исполнительное производство исключительно как стадию гражданского процесса. КС РФ неоднократно указывал, что Конституция РФ гарантирует государственную, в том числе судебную защиту прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 45, части 1 и 2 ст. 46); защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства (ст. 2). Опираясь на содержание норм ч. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 17, статей 18, 52, 53, 55, п. «в» ст. 71, п. «б» ч. 1 ст. 72 и ст. 118 Конституции РФ, следует заключить, что защита нарушенных прав не может быть признана действенной, если судебный акт или акт иного уполномоченного органа своевременно не исполняется. Однако из содержания указанных и ряда других постановлений КС РФ вовсе не следует, что исполнительное производство – часть гражданского про-

цесса. На мой взгляд, частью гражданского процесса является производство, связанное с исполнением судебных постановлений и постановлений иных органов, что далеко не одно и то же.

Вопрос о соотношении правосудия по гражданским делам с исполнительным производством глубоко исследован Г. А. Жилиным в его фундаментальной монографии «Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы» (М.: Проспект, 2010. С. 42–52).

Моя позиция по этому вопросу изложена в моей докторской диссертации «Источники исполнительного производства» (М., 2007), и она не изменилась: «Правовые отношения в сфере исполнительного производства – это совокупность закономерно связанных, внутренне структурированных общественных отношений, находящихся за рамками традиционной сферы правосудия и потому дистанцированных и обособленных по признакам и критериям отраслевой самостоятельности».

Не менее важной сегодня представляется другая правовая позиция КС РФ, которая обращена, исходя из ее смысла и содержания, к органам принудительного исполнения и к законодателю: «Защита нарушенных прав не может быть признана действенной, если судебный акт или акт иного уполномоченного органа своевременно не исполняется, что обязывает федерального законодателя при выборе в пределах своей конституционной дискреции того или иного механизма исполнительного производства осуществлять непротиворечивое регулирование отношений в этой сфере, создавать для них стабильную правовую основу и не ставить под сомнение конституционный принцип исполнимости судебного решения» [6].

По мнению КС РФ, законодательная регламентация обращения взыскания по исполнительным документам должна не только осуществляться на стабильной правовой основе, но и обеспечивать сбалансированное регулирование прав и законных интересов всех участников исполнительного производства с законодательным установлением пределов возможного взыскания, но при этом не должно затрагиваться основное содержание прав должника. Правовые позиции КС РФ, по моему мнению, находятся в полной гармонии с практикой ЕСПЧ по применению п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод [7], однако они еще не в полной мере реализованы законодателем и в правоприменительной деятельности. В этой связи серьезной научной дискуссии с целью последующего законодательного решения требует проблема судебных иммунитетов в исполнительном производстве, которая при разработке Концепции единого ГПК РФ практически осталась без внимания. Что же касается выбора того или иного механизма исполнительного

производства, то, как справедливо отметил КС РФ, это находится в пределах конституционной дискреции федерального законодателя.

Ред. Какие правовые позиции из постановлений Конституционного Суда РФ ждут законодательного закрепления в Федеральном законе «Об исполнительном производстве» или в ГПК РФ и могли бы они реально повлиять на исполнимость судебных постановлений?

Улётова Г.Д. Мне кажется, что для обеспечения конституционного принципа исполнимости судебных актов очень важно постановление КС РФ от 14.05.2012 № 11-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф. Х. Гумеровой и Ю. А. Шикунова». Как известно, руководствуясь принципом разумной сдержанности, КС РФ в названном постановлении воздержался от признания противоречащим Конституции РФ оспариваемого положения, устанавливающего имущественный (исполнительский) иммунитет в отношении принадлежащего гражданину-должнику на праве собственности жилого помещения, если оно является для должника и членов его семьи, совместно проживающих в данном жилом помещении, единственным пригодным для постоянного проживания. Однако в резолютивной части постановления (п. 2) Суд справедливо указал, что имущественный (исполнительский) иммунитет в отношении принадлежащего гражданину-должнику на праве собственности жилого помещения должен распространяться на жилое помещение, которое по своим объективным характеристикам (параметрам) является разумно достаточным для удовлетворения конституционно значимой потребности в жилище как необходимым средстве жизнеобеспечения, что обусловлено необходимостью реализации конституционного принципа соразмерности при обеспечении защиты прав и законных интересов кредитора (взыскателя) и гражданина-должника как участников исполнительного производства.

Суд весьма корректно предложил законодателю установить пределы действия имущественного (исполнительского) иммунитета в указанном случае с целью обеспечения возможности удовлетворения имущественных интересов кредитора (взыскателя), если по своим характеристикам соответствующий объект недвижимости явно превышает уровень, достаточный для удовлетворения разумной потребности гражданина-должника и членов его семьи в жилище, а также предусмотреть для должника и членов его семьи гарантии сохранения жилищных условий, необходимых для нормального существования.

К сожалению, гражданское процессуальное законодательство в части регулирования отношений по обращению взыскания на единственное принадлежащее гражданину-должнику на праве собственности жилое помещение до настоящего времени в полной мере не обновлено, что не способствует единообразному применению положений ст. 446 ГПК РФ и обеспечению баланса интересов взыскателей и должников в процессе исполнения судебных решений и реализации конституционного принципа исполнимости судебного решения.

Ред. Прошло десять лет с того времени, как Вы представили юридической общественности авторский проект Федерального закона «Об исполнительности частных судебных приставов-исполнителей». Вы по-прежнему считаете, что эта тема актуальна и перспективна?

Улётова Г.Д. Действительно, в ходе защиты докторской диссертации в Институте государства и права РАН я представила и защищала научную концепцию проекта федерального закона «Об исполнительности частных судебных приставов-исполнителей» и разработанный мною на его основе проект федерального закона «Об исполнительности деятельности частных судебных приставов-исполнителей». Полагаю, что эта тема по-прежнему актуальна. Напомню читателям, что в качестве концептуальной основы совершенствования исполнительного производства были предложены следующие принципы:

- вариативность организационных моделей исполнительного производства;
- конкурирующая компетенция различных органов принудительного исполнения;
- приоритетность уровня профессиональной подготовки и опыта правоприменительной практики в решении кадровых вопросов;
- нецелесообразность наличия норм регионального и муниципального уровня в механизме правового регулирования исполнительного производства.

Полагаю, своевременное введение в правовое поле России института частных судебных приставов-исполнителей на основе этих принципов при обязательном закреплении принципа двойного страхования их деятельности (за счет собственных средств и средств палаты) не привело бы к неконтролируемой деятельности коллекторов, превращению отдельных судебных приставов-исполнителей в поставщиков информации о должниках коллекторам, к кадровым проблемам (оттоку из системы исполнения высококвалифицированных специалистов), а также минимизировало бы риски коррупции в сфере принудительного исполнения.

Ред. Вы затронули тему Вашей диссертационной работы, какие из ваших предложений еще не реализованы и ждут решения?

Улётова Г.Д. В числе первоочередных мер я также обосновывала необходимость дифференциации сроков совершения исполнительных действий судебным приставом-исполнителем (в зависимости от характера мер принудительного исполнения и вида исполнительного документа). По моему мнению, установленный Законом об исполнительном производстве двухмесячный срок совершения исполнительных действий (в Законе № 119-ФЗ это ст. 13, Законе № 229-ФЗ – ст. 36) должен распространяться на исполнение исполнительных документов неимущественного характера. Срок для исполнения исполнительных документов имущественного характера следует увеличить до 4 месяцев ввиду сложности исполнения данного вида исполнительных документов. В исключительных случаях по заявлению судебного пристава-исполнителя срок совершения исполнительных действий может быть продлен соответствующим должностным лицом Службы (например, старшим судебным приставом) до 6 месяцев.

Установление 6-месячного срока исполнения всех исполнительных документов без учета характера требований, содержащихся в исполнительном документе, на мой взгляд, приведет к длительной задержке исполнения судебного или иного акта, а в ряде случаев – к утрате интереса взыскателя к исполнению. Значительное увеличение срока может способствовать злоупотреблениям со стороны судебных приставов-исполнителей (всплеску коррупционных проявлений), поскольку взыскатели будут предпринимать попытки к ускорению исполнения судебного или иного акта, в том числе и вне рамок исполнительного производства.

Убедена, что сроки совершения исполнительных действий должны сопрягаться со сроками рассмотрения дел судами общей юрисдикции и арбитражными судами, предусмотренными ГПК РФ и АПК РФ, а также учитывать требования п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о праве на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок. Считаю, что исполнение многих судебных решений – не менее сложная деятельность, чем деятельность судов по рассмотрению и разрешению дел. Конечно, я не настаиваю на реализации именно моего предложения, но то, что мы должны вернуться в этой проблеме, очевидно.

Ред. Галина Дмитриевна, давайте подведем промежуточные итоги нашей беседы. Что Вы относите к числу основных новелл существенно изменившегося Закона об исполнительном производстве?

Улётова Г.Д. Полагаю, что к числу наиболее значимых можно отнести ряд новелл, способных оказать серьезное влияние на уровень исполнения судебных решений и актов иных юрисдикционных органов.

Во-первых, возложение на ФССП России обязанности по созданию и ведению, в том числе в электронном виде, правового банка данных исполнительного производства и установление перечня общедоступных сведений, содержащихся в нем, что свидетельствует о косвенном закреплении принципа гласности в исполнительном производстве (ст. 6.1 введена Федеральным законом от 11.07.2011 № 196-ФЗ) и серьезно влияет на повышение эффективности исполнительного производства. На мой взгляд, эта норма – большой шаг к воплощению принципа гласности в исполнительном производстве, который требует своего закрепления в ст. 4 Закона об исполнительном производстве, содержащей исчерпывающий перечень принципов исполнительного производства (на этом я настаивала и при работе над проектом Исполнительного кодекса РФ).

Во-вторых, разграничение законодателем понятий «исполнительные действия» и «меры принудительного исполнения» и их нормативное определение (статьи 64, 68 Федерального закона «Об исполнительном производстве»), что позволяет судебным приставам-исполнителям совершать необходимые исполнительные действия и в период приостановления исполнительного производства.

В-третьих, право судебного пристава-исполнителя в порядке и пределах, установленных законом, производить оценку малоценного имущества, что минимизирует расходы и ускоряет процесс исполнения (возможно увеличение предельной суммы до 50 тыс. руб.).

В-четвертых, право судебного пристава-исполнителя устанавливать временные ограничения на выезд должника из Российской Федерации, хотя, надо признать, что не всегда ограничение приводит к фактическому исполнению требований исполнительного документа. Нужно подумать о возможной модификации ограничения по истечении определенного срока в иные меры принудительного исполнения. Принципиально важным является установление открытого перечня исполнительных действий, необходимых для своевременного, полного и правильного исполнения исполнительных документов. Система мер принудительного исполнения практически тоже носит исчерпывающий характер, однако иные меры могут быть предусмотрены исключительно федеральным законом, что снижает риски незаконных действий судебных приставов-исполнителей.

Позитивно оцениваю реализацию в Законе об исполнительном производстве концепции приоритета добровольного исполнения (мы очень долго об этом спорили при разработке проекта Исполнительного кодекса РФ). Представляется весьма перспективной концепция добровольного (не-

принудительного) исполнения и реализации в правоприменительной деятельности судебного пристава-исполнителя принципа приоритета и поощрения добровольного исполнения требований, содержащихся в исполнительном документе. Этой теме я посвятила несколько статей. Реализация названного принципа важна не только для сторон исполнительного производства, но и для государства. Очень важно, что этот способ исполнения позволяет сохранять социальные связи (нормальные отношения) между должником и взыскателем, гармонизировать общественные отношения.

Не менее важно исключение усмотрения при определении продолжительности срока для добровольного исполнения, усиление влияния взыскателя на эффективность исполнительного производства (принцип сотрудничество должника, взыскателя и судебного пристава-исполнителя в процессе исполнения). В заявлении взыскателя о возбуждении исполнительного производства могут содержаться известные ему сведения о должнике, причем взыскатель вправе приложить к заявлению документы об имущественном положении должника и иные сведения, если он считает, что они могут иметь значение для своевременного и полного исполнения требований исполнительного документа [8].

Принципиально важно, на мой взгляд, снижение принудительной составляющей и расширение принципа диспозитивности в исполнительном производстве (наполнение его новым содержанием), в частности, наличие в Законе об исполнительном производстве ст. 87 о самостоятельной реализации имущества должником стоимостью до 30 тыс. руб. и введении новой по содержанию ст. 87.2. (оставление взыскателем за собой имущества, не реализованного должником самостоятельно) [9]. Лишь в случае отказа взыскателя либо при непоступлении от него ходатайства об оставлении за собой нереализованного имущества оно подлежит принудительной реализации по общим правилам исполнительного производства. И, наконец, наделение должностных лиц ФССП России (главный судебный пристав РФ, главный судебный пристав субъекта РФ, старший судебный пристав и их заместители) правом совершать исполнительные действия при осуществлении контроля в сфере исполнительного производства [10].

Можно также ожидать положительного эффекта от реализации нормы, закрепляющей возможность ведения исполнительного производства группой принудительного исполнения, которая может создаваться главным судебным приставом РФ или старшим судебным приставом субъекта РФ в целях более оперативного и правильного исполнения содержащихся в исполнительном до-

кументе требований (в случае сложности или большого объема исполнительного производства). Должен быть положительный результат и от последовательной реализации ФССП России концепции электронного исполнительного производства (внедрение современных информационных технологий в деятельность органов принудительного исполнения) при условии мониторинга этого процесса в регионах и освоения новых способов общения взыскателями и должниками.

Ред. Вы много позитивного отметили в Законе об исполнительном производстве. Почему же до сих пор процент исполнения судебных решений не очень высок? Какие наиболее негативные аспекты, в деятельности ФССП России Вы видите?

Улётова Г.Д. Несомненно, отдельные недостатки есть в нормативном регулировании сферы исполнительного производства и в деятельности органов принудительного исполнения. ФССП России в нынешнем ее статусе – очень молодая структура в отечественной правовой системе. На одном из международных форумов я освещала некоторые негативные аспекты в сфере исполнительного производства России. К сожалению, неплохая предложенная нормативная модель и реальное правоприменение в сфере исполнительного производства в ряде случаев существенно отличаются. Например, имеет место нарушение как нормативных, так и разумных сроков исполнения судебных решений; лица, участвующие в исполнительном производстве, а также судебные приставы-исполнители нередко злоупотребляют своими правами. ФССП России так и не удалось справиться с устойчивой тенденцией роста количества исполнительных документов, поступающих на исполнение, а следовательно, с увеличением нагрузки судебного пристава-исполнителя.

Отсутствие в Законе об исполнительном производстве и в ГПК РФ детального нормативного регулирования института мирового соглашения и процедуры примирения снижает ценность мирового соглашения. Так и не заработал в должной мере институт медиации (посредничества) в сфере исполнительного производства. Е.И Носырева справедливо отметила, что «в настоящее время термин «медиация» прочно вошел в словарь российской правовой действительности» [11], но, на наш взгляд, она не стала еще эффективно работающим механизмом.

Серьезный недостаток нашей системы исполнительного производства, на мой взгляд, – избыточность функций, возлагаемых на ФССП России, что не позволяет Службе сосредоточиться на обеспечении эффективного исполнения судебных решений.

Но это – тема отдельного серьезного разговора.

Ред. В завершение нашего разговора не могли бы Вы назвать наиболее актуаль-

ные и дискуссионные проблемы, теории и практики исполнительного производства?

Улётова Г.Д. На мой взгляд, дискуссионных проблем очень много. Назову лишь некоторые из них. Прежде всего это совершенствование системы принципов исполнительного производства (с моей точки зрения, возможно закрепление принципа исполнимости судебного решения, гласности, сотрудничества между органами принудительного исполнения и взыскателем (и должником), приоритета добровольного исполнения требований исполнительного документа); повышение уровня гарантий прав взыскателей в процессе исполнительного производства, возможно, за счет создания компенсационного фонда, – такое предложение было внесено впервые проф. Т.Н. Нешатаевой.

Необходим поиск баланса между интересами взыскателя и должника, частным и публичным интересом в исполнительном производстве с целью воплощения конституционного принципа исполнимости. Пора также установить пределы ограничения прав должника при исполнении судебных и иных актов (эту тему актуализировал член рабочей группы по разработке проекта ИК РФ М.З. Шварц в одном из своих выступлений на международной конференции, организованной ФССП России). Следует дополнительно обосновать целесообразность дальнейшей кодификации законодательства об исполнительном производстве (доработку проекта и принятие ИК РФ).

Есть и другие проблемы, требующие решения, в частности: развитие концепции принудительного (добровольного) исполнения судебных решений и примирения в исполнительном производстве, ее внедрение в повседневную практику деятельности органов принудительного исполнения; совершенствование доктрины о косвенных мерах принудительного исполнения судебных решений; мотивация и меры поощрения судебных приставов-исполнителей при своевременном и полном исполнении судебных актов как важнейшие факторы, влияющие на качество исполнения и коррупционную составляющую в деятельности органов принудительного исполнения; внедрение новых форм и способов оптимизации исполнения с целью снижения нагрузки на систему принудительного исполнения; разработка системы принципов взаимодействия ФССП России с коллекторскими и детективными агентствами с целью снижения коррупционной составляющей в сфере исполнительного производства; дальнейшее развитие и совершенствование предлагаемых концепций о вариативности организационных моделей исполнительного производства и конкурирующей компетенции различных органов исполнения.

С целью обеспечения реализации конституционного принципа исполнимости су-

дебного решения и повышения авторитета судебной власти созданная система ответственного исполнительного производства должна и способна развиваться и совершенствоваться с учетом новых социальных и экономических вызовов, а наука исполнительного производства обязана выработать и предложить новые современные концепции и эффективные меры принудительного и непринудительного исполнения судебных решений и актов иных юрисдикционных органов.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. О создании и составе рабочих групп, этапах работы над проектом см. подробнее: *Шерстюк В.М.* Проект системы Исполнительного кодекса Российской Федерации // Законодательство. 2015. № 11.
2. Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002–2003. № 2 / под ред. В.В. Яркова. СПб., 2004.
3. Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. Краснодар; Сочи, 2002.
4. Организатором этой конференции была Г.Д. Улётова, в то время возглавлявшая кафедру гражданского, арбитражного процесса и трудового права КУБГУ (*Примеч. ред.*).
5. Постановления КС РФ от 30.06.2001 № 13-П, от 15.01.2002 № 1-П, от 14.05.2003 № 8-П, от 14.07.2005 № 8-П, от 26.02.2010 № 4-П и от 14.05.2012 № 11-П, определения КС РФ от 05.06.2012 № 1061-О, от 21.11.2013 № 1863-О, от 23.12.2014 № 2776-О.
6. Постановление КС РФ от 30.07.2001 № 13-П.
7. Постановления ЕСПЧ от 19.03.1997 по делу «Hornsby v. Greece». Rec. 1997-II, fasc. 33. Reports of Judgments and Decisions 1997-II. § 40. P. 510; от 07.05.2002 по делу «Бурдов против России», от 15.01.2009 по делу «Бурдов против России» (№ 2) и др.
8. Федеральный закон от 12.03.2014 № 34-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О судебных приставах» и Федеральный закон «Об исполнительном производстве»» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
9. Там же.
10. Там же.
11. *Носырева Е.И.* Медиация в исполнительном производстве // Принудительное исполнение актов судов и иных органов в отношении юридических лиц (организаций и предпринимателей). Проблемные аспекты: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конференции. 4–8 июня 2012 г., Воронеж /отв. ред. О.А. Парфенчиков и Д.Х. Валеев. М.: Статут, 2013. С. 156–160. (*Примечание ред.*)

Улетова Галина Дмитрівна
**ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВИКОНАВЧОМУ ВИРОБНИЦТВІ
В РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ЯК НЕОБХІДНА СКЛАДОВА ЕФЕКТИВНОЇ
СУДОВОЇ СИСТЕМИ: КУДИ РУХАТИМЕТЬСЯ ДАЛІ?**

Розглядаються актуальні проблеми виконавчого провадження. Дається ретроспектива розвитку законодавства про виконавче провадження в радянський і пострадянський період. Відзначається роль судової практики і зарубіжного досвіду в процесі вдосконалення законодавства про виконавче провадження. Особо виділяються перспективні напрями вдосконалення інституту примусового виконання в Росії.

Ключові слова: виконавче провадження, законодавство про виконавче провадження, Федеральна служба судових приставів.

Uletova Galina
**IMPROVEMENT OF THE LEGISLATION ON ENFORCEMENT
IN THE RUSSIAN FEDERATION AS A NECESSARY COMPONENT
OF AN EFFECTIVE THE JUDICIAL SYSTEM: WHERE TO GO?
(Interview)**

The urgent problem of the enforcement proceedings. We give a retrospective of the development of legislation on enforcement proceedings in the Soviet and post-Soviet period. It is noted the role of the judicial practice and foreign experience in the process of improving the legislation on enforcement proceedings. Ososbo highlighted promising areas of improvement of the institute of enforcement in Russia.

Keywords: enforcement, legislation on enforcement proceedings, the Federal Bailiff Service.

IV АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС

Беспалов Олександр Олександрович,
суддя Київського апеляційного адміністративного суду

Рабовська Світлана Янівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

УДК 342.9

СТЯГНЕННЯ СЕРЕДЬОГО ЗАРОБІТКУ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті аналізуються колізії статті 236 КЗпП України з нормами Кодексу адміністративного судочинства України. За правилами Кодексу законів про працю України трудові спори розглядаються, в тому числі, районними, районними у місті, міськими чи міськрайонними судами.

У разі затримки власником або уповноваженим ним органом виконання рішення органу, який розглядав трудовий спір про поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного на іншу роботу працівника, цей орган вносить ухвалу про виплату йому середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки.

Першою перепорою для захисту працівника є форма судового провадження, так як стаття 236 КЗпП України вимагає (на думку деяких практикуючих юристів) вирішення даного питання в межах одного провадження з вирішенням спору про поновлення на роботі по суті, в той час як процесуальне законодавство такої можливості не передбачає.

Існують розбіжності і щодо форми ухваленого рішення, позаяк, в КЗпП України йдеться про ухвалу, а в постанові Пленуму від 20.05.2013 р. № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі» Вищий адміністративний суд України чітко зазначив, що ухвала – письмове або усне рішення суду в адміністративній справі, яким вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні питання (пункт 13 частини першої статті 3 КАС України).

В той же час, питання стягнення з суб'єкта владних повноважень коштів, на нашу думку, не можна ототожнювати з «процесуальним питанням», оскільки у переважній більшості подібної категорії справ йдеться про кошти держави, а факт існування обставин для застосування стягнення підлягає встановленню судом.

Вказані розбіжності не були предметом дослідження науковців у сфері трудового права, однак, їх існування іноді унеможлиблює судовий захист порушеного права працівника, а тому обрана тема є вкрай актуальною.

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

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

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

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

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

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

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

Виклад основного матеріалу. Із конститутивних ознак норм частини першої статті

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

Зокрема, у частині першій статті 6 КАС України [2] встановлено, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або інтереси.

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

Відповідно до частини четвертої статті 105 КАС України [2] адміністративний позов може містити як вимоги про зобов'язання відповідача – суб'єкта владних повноважень – прийняти рішення або вчинити певні дії, так і про стягнення з нього коштів на відшкодування шкоди, завданої його незаконним рішенням, дією або бездіяльністю.

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

У відповідності до ст. 221 Кодексу трудові спори розглядаються:

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

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

Відповідно до ст. 236 КЗпП України [4] у разі затримки власником або уповноваженим ним органом виконання рішення органу, який розглядав трудовий спір про поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного на іншу роботу працівника, цей орган виносить ухвалу про виплату йому середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки.

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

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

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

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

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

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

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

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

За правилами ч. 10 ст. 267 КАС України [2] у разі наявності підстав для задоволення заяви суд ухвалює одну із постанов, що передбачені частиною другою статті 162 цього Кодексу.

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

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

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

Аналогічно, у справі № 2а/0570/6639/12 (ухвала від 16.10.2014 р.) [7] ВАС України зауважив, що стаття 236 КЗпП України визначає, хто саме має вирішувати питання про здійснення вказаної виплати, а саме, це є орган, який розглядав трудовий спір про поновлення на роботі. У даному випадку питання щодо поновлення позивача

на посаді вирішено Донецьким окружним адміністративним судом, а тому у справі № 2а-23926/10/0570 [7] і повинно бути розглянуто вимогу позивача про стягнення середнього заробітку за час затримки виконання судового рішення.

У справі № 826/10873/13-а [7] Вищий адміністративний суд України взагалі висловив позицію, що вимога про виплату (стягнення) середнього заробітку за час затримки виконання судового рішення про поновлення на роботі не може бути вирішена в порядку судового контролю.

Вищий адміністративний суд України у справі № п/811/2788/14 в ухвалі від 01.09.2015 р. [7] зазначив, що (враховуючи беззаперечне право особи на працю та її оплату) навіть за наявності порушеного позивачем (належно не вибраного) способу порядку звернення до адміністративного суду із позовом або заявою (у даній категорії справ) не може стати наслідком продовження зловживання її правом на судовий захист у правовідносинах, де вже право на працю визнано судом.

У багатьох справах подібної категорії суд касаційної інстанції також дотримується позиції, що питання виплати середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки виконання судового рішення про поновлення на роботі має бути розглянуто в порядку судового контролю у відповідності до ч. 9 ст. 267 КАС України [2], однак, обрання особою способу захисту свого права на працю у формі позовного провадження не може бути підставою для відмови у захисті її порушених прав.

Однак, є і інша правова позиція суду касаційної інстанції, викладена, наприклад, в ухвалі від 15.06.2016 р. у справі № 2а-3905/12/2070 [7], де колегія суддів дійшла висновку, що рішення суду про поновлення позивача на публічній службі виконане із затримкою, за правилами статті 236 КЗпП України [4] така затримка є вимушеним прогулом, а тому суди обґрунтовано прийняли рішення про задоволення позову (отже, розгляд нового позовного провадження є правильним).

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

Існування статті 236 КЗпП України [4] вносить плутанину і у цивільне судочинство, в якому суди цивільної юрисдикції так само роблять спробу ототожнити процедуру стягнення середнього заробітку зі здійсненням

судового контролю в цій же категорії справ, але щодо осіб, робота яких не пов'язана з проходженням публічної служби, та з певними труднощами, викликаними неузгодженістю норм матеріального і цивільно – процесуального права.

В ухвалі від 18.11.2015 р. (справа № 6–27011ск15) [7] Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ прийшов до висновку, що вимоги, пов'язані із затримкою виконання судового рішення, не повинні досліджуватись у порядку розгляду скарги особи щодо неналежного виконання судового рішення з постановленням ухвали у порядку ст. 387 ЦПК України [3] (судовий контроль), оскільки кожна особа має право на судовий захист, способи якого зазначені в ст. 16 ЦК України, та реалізуються, в тому числі, шляхом подання позову.

Що ж стосується форми судового рішення, то у справі № 6–44312св14 (ухвала від 16.09.2015 р.) [7] Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ зазначив, що такий спір передбачає процес доказування наявності підстав для стягнення цієї суми та її розмір, отже, підлягає розгляду у порядку позовного провадження, а тому закінчується ухваленням рішення суду відповідно до вимог ст. 208 ЦПК України [3], а не постановленням ухвали.

В той же час, у справі № 6–839ск11 [7] Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ дійшов протилежного висновку, вказавши в ухвалі від 16.11.2011 року про те, що суд завів нову справу та ухвалив рішення, хоча вказане питання згідно із ст. 236 КЗпП України [4] повинно вирішуватися шляхом постановлення ухвали в одному провадженні з вимогами про поновлення на роботі.

Зазначена позиція є відображенням висновку Верховного Суду України в ухвалі від 17.09.2008 року у цивільній справі № 6–7302св07 [7].

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

Також, стаття 236 КЗпП України [4] суперечить нормам процесуального законодавства щодо форми ухваленого рішення.

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

Така позиція цілком відповідає діючому на даний час Положенню про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженому рішенням Ради суддів України від 26.11.2010 р. № 30 у останній редакції

(далі – Положення), яким визначені конкретні підстави для передачі на розгляд справи раніше визначеному складу суду.

У відповідності до п. 2.3.4.9 Положення повторний автоматизований розподіл судових справ між суддями застосовується у випадках визначених законом, а також з метою заміни одного, декількох суддів, всього складу суду, збільшення складу суду в порядку, визначеному підпунктами 2.3.4, 2.3.23 цього Положення.

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

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

Таким чином, висновок суду касаційної інстанції у справі № 2а/2570/4255/11 [7] є, на наш погляд, порушенням принципу вірогідності, закріпленого в ст. 15–1 КАС України [2].

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

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

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

Втім, на нашу думку, процедура, передбачена статтею 236 КЗпП України [4], цілком можливо ототожнити і з судовим контролем, позаяк, наслідки невиконання судового рішення за своєю суттю є нічим іншим як санкцією до порушника за невиконання рішення про поновлення на роботі незаконно звільненого працівника, до того ж негайне виконання об'єднує ці два явища (ч. 5 ст. 235 КЗпП України [4]).

Натомість, застосовувати вказану норму беззастережно також не можна передусім через те, що у відповідності до п. 10 ст. 267 КАС України [2] у разі наявності підстав для задоволення заяви суд ухвалює одну із по-

станов, що передбачені частиною другою статті 162 цього Кодексу.

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

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

Гарантом вказаної засади виступає судовий контроль.

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

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

Дослідженню підлягали наступні питання:

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

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

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

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

Крім того, проведене дослідження показало, що судове рішення за результатами вирішення питання про виплату середнього заробітку або різниці в заробітку за час затримки виконання судового рішення про поновлення на роботі має бути викладене у формі постанови.

Підсумовуючи вищенаведене, вважаємо, що правова спрямованість нашої держа-

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

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

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

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

У відповідності до ч. 3 ст. 397 законопроекту [8] у разі затримки роботодавцем виконання рішення, передбаченого частиною першою цієї статті (про поновлення працівника на роботі), суд виносить ухвалу про виплату працівнику середньої заробітної плати або різниці в заробітній платі за весь час затримки.

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

Натомість, форма судового рішення залишається неузгодженою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Кодекс адміністративного судочинства від 06 липня 2005 року. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1618-05>.
4. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. // [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.
5. Рішення конституційного Суду України від 03.10.1997 № 4-зп// [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-97>.
6. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20.05.2013 р. № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі»// [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0007760-13>.
7. Єдиний державний реєстр судових рішень. [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1>.
8. Законопроект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014 р. (станом на 29.06.2016 р.) // [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.
9. Лист Міністерства юстиції України від 26 грудня 2008 року № 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії». [Електронний ресурс]. – режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>.

Беспалов Александр Александрович, Рабовская Светлана Яновна, ВЫСКАНИИ СРЕДНЕГО ЗАРАБОТКА КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРАВ В АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

В статье анализируются коллизии статьи 236 КЗоТ Украины с нормами Кодекса административного судопроизводства Украины.

По правилам Кодекса законов о труде Украины трудовые споры рассматриваются, в том числе, районными, районными в городе, городскими или межрайонными судами.

В случае задержки собственником или уполномоченным им органом исполнения решения органа, который рассматривал трудовой спор о возобновлении на работе незаконно уволенного или переведённого на другую работу работника, этот орган выносит определение о выплате ему среднего заработка или разницы в заработке за время задержки.

Первой преградой для защиты работника является форма судебного производства, так как статья 236 КЗоТ Украины требует (по мнению некоторых практикующих юристов) разрешения данного вопроса в пределах одного производства с разрешением спора о восстановлении на работе по сути, в то время как процессуальное законодательство такой возможности не предусматривает.

Существуют разбежности и касательно формы принятого решения, поскольку в КЗоТ Украины говорится об определении, а в постановлении Пленума от 20.05.2013 г. № 7 «О судебном решении в административном деле» Высший административный суд Украины отметил, что определение – письменное или устное решение суда в административном деле, которым разрешаются вопросы, связанные с процедурой рассмотрения административного дела, а также другие процессуальные вопросы (пункт 13 части первой статьи 3 КАС Украины).

В то же время, вопрос удержания с субъекта властных полномочий денежных средств, по нашему мнению, нельзя считать «процессуальным вопросом», поскольку в большинстве

дел подобной категории речь идёт о денежных средствах государства, а факт существования обстоятельств для применения взыскания подлежит установлению судом.

Указанные расхождения не были предметом исследования учёных в сфере трудового права, однако, их существование иногда делает невозможным судебную защиту нарушенного права работника, поэтому избранная тема есть крайне актуальной.

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

Bespalov Alexander, Rabovska Svetlana
**A PENALTY OF THE AVERAGE EARNING AS METHOD OF PROTECTION
 OF RIGHTS IS IN THE ADMINISTRATIVE RULE-MAKING**

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

According to the Labor Code of Ukraine, if an employer delays an execution of a decision on reinstatement of a unlawfully resigned employee made by an authority that resolves labor disputes, the authority issues the order constraining the employer to pay the average salary to the employee or to pay the difference in wages that caused by the delay.

However, if the above mentioned decision is made by the administrative court of justice acting in the area of public service, the court is mostly bound by procedural rules of the Code of Administrative Justice. In this case the number of collisions arise. These collisions could be eliminated by legislator only that has to amend the Code. Many different variations of administrative courts' opinions are evidences of that. These opinions are related to forms of courts' judgments, to lawsuit initiations procedure. It is also related to potential consideration of courts' actions done according to Art. 236 of the Labor Code as the actions courts do in the course of juridical control (Code of Administrative Justice, Art. 267).

The Labor Code includes the imperative rule according to which the Order is the only form of judgments in cases of average wage payments caused by delays of execution of a court decision on reinstatement of a unlawfully resigned employee.

However, according to the second paragraph of the Art. 158 of the Code of Administrative Justice a court issues the Order to suspend or to close a case, to remain a claim without consideration or to make any other procedural actions.

In accordance with the Resolution of the Plenary Session of the High Administrative Court of Ukraine No. 7 issued on May 5, 2013 the Order is written or oral statement of court to resolve procedural issues related to administrative judiciary. (By issuing orders courts of appeal and courts of cassation can revise procedural decision and judgments made by courts of lower instances).

It is obvious that procedural aspects that are within the jurisdiction of administrative court are regulated by the Administrative Code; so, no other legal act could regulate these aspects.

However, courts' orders to pay the average salary to the employee or to pay the difference in wages that caused by the delay of execution of the decision on reinstatement of a unlawfully resigned employee are not a priori procedural issues.

The author of the Article states that it is impossible to equate this issue with other procedural issues because obligations of the governmental authority to pay an amount of money to someone using national or local budget requires facts findings, consideration of evidences. The court usually does these actions when it investigate the substance of a case.

Having studied judicial practice, the author of the Article states her opinion about the form of applying to court for resolving the issue stipulated by the Art. 236 of the Labor Code; the author states that it is possible to apply to court with this question either in the form of private claim or within the procedure of judicial control.

The author did not do the research of deficiency in procedure stipulated by the Art. 267 of the Code of Administrative Justice. The author did not compare this procedure with contentious proceeding.

With regards to contentious proceeding, the author finds that there is a contradiction between rules embodied in the Art. 236 of the Labor Code and the rules of jurisdiction that the Code of Administrative Justice stipulates for in the case when a complainant has changed his/her residence in the period from filling the lawsuit on reinstatement of a unlawful resignation to filling lawsuit according with Art. 236 of the Labor Code (the limitation of the rights to apply to the same court).

Having studied the new draft of Labor Code of Ukraine (# 1658 dated May 20, 2014), the author sees a positive trend to eliminate currently existent collisions: the lack of the phrase: «the authority that considered labor dispute related to reinstatement». This is about to make this in line with rules that set up by Art. 19 of the Code of Administrative Justice.

However, the author also found a negative aspect. As it was before, the court makes decision in the form of Order.

Keywords: employee, public service, renewal at work, forced absenteeism, failure to comply with a court decision, judicial control.

Веретенникова Тетяна Андріївна,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

УДК 347.965

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ КОНСУЛЬТАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА

Стаття присвячена визначенню правової природи консультативної діяльності адвоката, її поняття та види. Також, дослідженню теоретичних положень щодо поділу консультативної діяльності на етапи та виділенню технологічних, психологічних, тактичних прийомів консультування. Вироблено методику (послідовність дій) консультативної діяльності адвокатів.

Ключові слова: адвокат, консультативна діяльність, консультування, етапи консультування, консультація, клієнт.

Постановка проблеми. Аналізуючи вітчизняні наукові джерела, можна з впевненістю констатувати відсутність ґрунтовного дослідження консультативної роботи адвоката. Вказана теоретична прогалина потребує якнайшвидшого усунення, оскільки це дасть можливість сформулювати приблизний алгоритм (порядок дій) для адвокатів, що здійснюють консультування клієнтів та підвищить ефективність надання вказаних послуг.

Адвокатура є важливим правовим інститутом розвинених держав, що охороняє права, свободи та інтереси громадян та їх об'єднань. Здійснення охорони реалізується через діяльність адвокатів, які в межах своєї діяльності проводять консультативну роботу, що є першоосновою для подальших дій адвокатів, у межах повноважень, покладених на них Законами.

Стан дослідження. Дослідженню консультативної роботи юристів в цілому присвячена різноманітна наукова література, проте вагомий науковий внесок у визначення поняття, видів та стадій консультативної роботи адвоката зроблений такими фахівцями, як: О.Ю. Блохіна, Л.О. Воскобітова, Я.П. Зейкан, О.Д. Кім, А.О. Краснейчук, М.А. Ларіонова, І.М. Лук'янова, С.Ю. Макаров, Л.П. Михайлова, О.Ф. Турченко, Є.І. Фурса, О.Г. Яновська та інші.

Окремо дослідженням питань консультативної роботи адвоката була приділена увага вченою Фурсою С.Я., якою було закладено концепції стадій та етапів адвокатської діяльності та її методика, однак такі дослідження слід і надалі розширювати заради отримання ґрунтовних знань, що допоможуть у ефективному їх практичному застосуванні при наданні такого виду допомоги.

Метою статті є єдиний за концепцією комплексний науковий аналіз правової природи консультативної діяльності адвоката, який відображає її сучасний стан, розробка науково-теоретичних і практичних рекомендацій щодо методики її проведення.

Виклад основного матеріалу. На початку, звернемо увагу, що адвокатська діяльність, а саме порядок здійснення такої діяльності (до якої входить консультативна діяльність), не врегульовується жодним нормативно-правовим актом. Для прикладу, у нотаріусів існує підзаконний нормативно-правовий акт, який має назву – «Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» [15]; у державних та приватних виконавців також наявний подібний нормативно-правовий документ – «Інструкція з організації примусового виконання рішень» [16].

Названі законодавчі акти, регулюють організацію та порядок вчинення тих чи інших дій, покладених на ці органи Законами.

Статтю 19 Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. передбачено перелік видів адвокатської діяльності, які надаються адвокатами фізичним і юридичним особам [2].

Не випадково першим пунктом переліку різновидів адвокатської діяльності ст. 19 Закону називає «надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань». Серед широкого спектру видів адвокатської діяльності, регламентованих Законом, консультативна робота є найбільш ємним і в такій же мірі важливим сектором зайнятості, це основний вид роботи всіх адвокатів і адвокатських формувань в загальному діапазоні юридичної допомоги населенню.

В основному саме з консультативної роботи починаються всі інші види юридичної практики: надання консультацій, довідок, складання юридичних паперів і документів, досягнення згоди щодо подальшої співпраці, укладання угод про здійснення тих чи інших справ в суді і т.п. – все це результат роботи адвоката з надання звичайної консультації [1, с. 624].

На сьогодні в законодавстві України немає жодного визначення поняття «консультація» а про поняття «консультативна діяльність (робота) адвоката» і в законодавстві, і в наукових джерелах практично нічого не згадується.

Доцільно буде підкреслити, що поняття «консультування», «консультація» і «консультативна діяльність» не є тотожними [8, с. 258].

Щодо визначення поняття «консультативна діяльність адвоката», то для початку слід розглянути зміст терміну «діяльність». Цей термін характеризується певним надзвичайним змістом, який відрізняє його від звичайної буденно-рутинної роботи. Лінгвістичне визначення цього поняття трактується як робота, дії людей у якій-небудь галузі [7, с. 80] і включає в себе ціль, засоби, результат і сам процес. Очевидно, що діяльність людей ототожнюється з працею, але не всі професії підлягають під це визначення. Тобто, під діяльністю слід розуміти дії певної особи, направлені на досягнення нею конкретної мети та цілей. Тому, словосполучення «консультативна діяльність адвоката» є тотожним «консультативній роботі адвоката», однак, доречніше використовувати перше, тому що і на законодавчому рівні, і в наукових працях використовується поняття «адвокатська діяльність» складовою частиною якої є «консультативна діяльність».

Отже, на сьогодні в наукових джерелах наявна велика кількість визначення поняття «консультування». Натомість визначення поняття «консультативна діяльність адвоката» поки що не давалось. У зв'язку з цим, проаналізувавши наукові джерела, можливо зробити наступне визначення поняття **«консультативна діяльність адвоката»** – вид адвокатської діяльності, що включає в себе методи, прийоми, способи та принципи консультування та консультації, як останньої стадії консультування.

«Консультування» – це один із видів консультативної діяльності, процес, що включає в себе збір інформації у справі, аналіз справи, вироблення позиції (–ій) у справі та консультація клієнта, заради надання останньому вичерпної інформації з приводу предмета його звернення.

В свою чергу, поняття **«консультація»** можливо розглядати як кінцевий етап консультування адвоката, результатом якого є надання клієнтові варіантів вирішення його проблеми.

Завданням консультування є роз'яснення суб'єкту отримання всіх можливих варіантів вирішення проблемної правової ситуації, правових наслідків кожного з них, рекомендація найбільш оптимального варіанту рішення і визначення стратегії і тактики юридичних дій по його реалізації. Ці завдання вирішуються послідовно, на їх основі виділяються етапи юридичного консультування. Перш ніж дати консультацію, адвокат повинен вислухати клієнта, усвідомити суть прохання [3].

Розглядаючи адвокатську діяльність, як діяльність, яка включає в себе консультативну роботу, то потрібно, для початку, визначитись, я якого моменту адвокат починає виконувати обов'язки, які покладені на нього Законом.

Звернемося до такої дії, як **«звернення до адвоката»**. Звернення до адвоката – домовленість адвоката та особи(потенційного клієнта) про подальші етапи консультування.

Даний етап не можна вважати ні адвокатською, ні консультативною діяльністю, адже, діяльність адвоката починається після погодження всіх умов договору з особою (чи то усного, чи то письмового). Особі повинно бути роз'яснено: розмір гонорару за надані послуги, строки виконання, способи, засоби і методи роботи адвоката. У випадку, якщо обидві сторони дійшли згоди з усіх питань – можна розпочинати адвокатську діяльність.

Якщо особу, яка звернулась до адвоката не влаштує та чи інша умова і вона (особа) відмовляється від послуг адвоката, то між ними не виникає відносин «адвокат-клієнт», але, в такому випадку, у адвоката виникає обов'язок дотримуватись адвокатської таємниці про особу, яка зверталась до нього(адвоката) та про аспекти проблеми, які встигла розповісти людина.

Тож, на підставі вищезазначеного слід виділити **етапи консультування**.

Збір інформації по справі (дії адвоката, які спрямовані на те, щоб отримати достатні для вирішення правових проблем клієнта відомості та дані).

Інтерв'ю з клієнтом (підготовка до опитування).

Для першої стадії дуже важливо встановити психологічний контакт з людиною, викликати у неї довіру. На думку психологів, на встановлення довіри впливають свідомі та підсвідомі фактори. Свідомі фактори ґрунтуються на знанні про людину, відомостей про репутацію адвоката. Підсвідомо ж довіра від нашого знання про людину не залежить. Вона визначається схожістю співбесідників, збігом їх внутрішніх установок. На думку психологів, спілкування визначається переважно рівнем підсвідомої довіри або недовіри. Адвокат має підлаштуватися під свого клієнта, створити для нього відповідну атмосферу.

Важливим фактором є мова. Українська мова відрізняється своєю ясністю та прозорістю. Однак для людини, рідною мовою для якої є російська, спілкування українською може викликати внутрішній спротив і завадити психологічному контакту. Тому адвокат має спілкуватись з довірительом мовою, яка для останнього ближча або є рідною. І якщо це російська, то розмову доцільно вести російською [4, с. 7].

З'ясування обставин справи.

Також, згідно ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: звернення з адвокатськими запитаними; ознайомлення на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим до-

ступом; зібрання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази; застосування технічних засоби; одержання письмових висновків фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань [2].

Отже, збір інформації юрист може здійснювати через:

- інтерв'ювання (опитування) клієнта та інших осіб;
- вивчення документів;
- консультування у фахівців (експертів, спеціалістів).

Дослідження отриманої інформації:

- повторне опитування свідків (якщо це потребується);
- ознайомлення з отриманими документами;
- перевірка отриманих документів на автентичність.

Звернення до приватного детектива, спеціаліста, експерта, який здійснює перевірку документів, за наступними напрямками:

- перевірка справжності ліцензій, сертифікатів, посвідчень;
- перевірка документів про вищу освіту;
- перевірка первинних документів;
- перевірка достовірності реєстраційних даних;
- перевірка на предмет дописування інформації;
- перевірка достовірності штампів на документах.

Аналіз (розумовий процес розкладання об'єкта на елементи).

Кожна справа органічно включає:

Набір фактів – обставин реальної дійсності, які було з'ясовано у процесі збору інформації. Вказаний елемент становить фактичну основу справи.

Набір норм, які врегульовують правовідносини, з приводу яких звернувся клієнт. Такий набір норм становить нормативну основу справи.

Набір доказів – відомостей про факти, які підтверджують наявність або відсутність обставин, визначених у межах фактичної основи справи.

Очевидно, що ефективний аналіз кожного з вказаних елементів у результаті визначає успішність аналізу справи в цілому [8, с. 226].

Перевірка отриманих доказів на належність, допустимість та достовірність.

Відповідно до частини 3 статті 212 Цивільного процесуального кодексу України суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності. Адвокат теж слід проаналізувати докази з позицій належності, допустимості, достовірності та достатності [5].

Вироблення правової позиції у вирішенні проблеми.

Для формування правової позиції слід використати в повному обсязі всі інтерпретації, які були заготовлені при аналізі справи. Тут

важливо навчитися виділяти, звертати увагу на ті фактичні обставини справи, які вигідні даній стороні, розставляти на них акценти, нейтралізувати або по іншому інтерпретувати не вигідні стороні обставини справи. Завдяки цим прийомам версія справи набуває індивідуальності, пристосованості до потреб конкретної сторони [8, с. 60].

Слід відрізнити позицію у справі від фабули справи. Це різні поняття. Позиція, крім подій, включає ще і ставлення до них того суб'єкта, який подає свою історію. Ті самі фактичні обставини будуть по-різному представлені обвинувачем і захисником, позивачем і відповідачем [6, с. 245].

Завершення консультування/резюмування:

За широтою форм резюмування, на перше місце можна поставити надання консультації клієнтові, потім – роз'яснення з правових питань, і нарешті – надання правової інформації.

Надання консультації клієнту. Це завершальний етап консультування. На цьому завершальному етапі слід визначити стратегію і тактику реалізації прийнятого рішення, строки, можливі та необхідні додаткові зустрічі з клієнтом, обговорити питання і пропозиції по складанню необхідних юридичних документів, розподілити обов'язки: що буде робити адвокат, а що може зробити клієнт самостійно.

Значення консультації полягає у тому, що саме у ньому найяскравіше виявляється та послуга, заради отримання якої звернувся клієнт. Останнього ж мало цікавить, наскільки вдало пройшла співбесіда і чи достатньо інформації отримав юрист, як юрист збирав інформацію, аналізував справу, як виробляв позицію. Його цікавить результат, який він отримує уже в процесі надання консультації. [9, с. 59–60]

Етап консультації технологічно можна розділити на три частини:

- зустріч з клієнтом для дачі консультації;
- роз'яснення клієнту можливих варіантів вирішення його проблеми;
- аналіз можливих наслідків кожного з них і допомога клієнту у виборі оптимального рішення.

Види консультації:

1) Залежно від часових перерв в спілкуванні адвоката та клієнта:

а) консультація одразу після інтерв'ю (опитування);

б) консультація, яке проводиться через певний проміжок часу після інтерв'ювання [10, с. 51].

Консультування, що відбувається одразу ж після опитування, є логічним продовженням останнього і можливе за таких умов:

- справа достатньо проста і передбачає разову консультацію;
- юрист стикався з подібними справами не одноразово;
- юрист отримав усі відомості, необхідні для надання консультації.

Перевагою даного виду консультування є його оперативність. Крім того, клієнту не треба знову шукати час, аби відвідати юриста ще раз. З іншого боку, таке консультування найбільш ризиковане, адже рідко бувають абсолютно аналогічні справи, а результат кожного аналізу потребує переосмислення для чого знову такий потрібен час. Саме тому для забезпечення себе та клієнта від неповних або неправильних консультацій юрист має надавати перевагу консультуванню, призначеному на інший день [8, с. 259–260].

2) Залежно від тривалості співпраці по вирішенню проблем клієнта (за перспективою співпраці):

а) разова консультація (проблема клієнта вирішується в ході однієї зустрічі з консультантом);

б) консультація, яка даватиметься поетапно на всіх можливих етапах вирішення проблеми клієнта (серія консультацій) [10, с. 52].

Разове консультування має місце, коли проблеми клієнта можна вирішити протягом однієї зустрічі з юристом. Разове консультування особливо вимогливе до критеріїв повноти та достовірності поданої інформації.

Серія консультацій передбачає консультування клієнта протягом кількох поточних зустрічей. Таке консультування застосовується у випадку представництва клієнта в суді чи інших державних органах. Особливістю даного виду консультування є те, що, по-перше, воно складається з багатьох окремих консультацій; по-друге, жодна консультація не ставить на меті повне вирішення проблеми клієнта; по-третє, кожна консультація має свою проміжну мету [8, с. 260].

3) Залежно від форми спілкування юриста та клієнта:

а) очна консультація;

б) заочна консультація: по телефону, шляхом листування, онлайн консультування в мережі інтернет [10, с. 52].

Очна консультація є найбільш розповсюдженим в діяльності адвокатів. До її переваг можна віднести наступні: вона дозволяє адвокату з'ясувати невияшені обставини, доступно викласти суть консультації, відповіді на уточнюючі запитання клієнта.

При заочному консультуванні адвокат стикається з цілим рядом труднощів: відсутністю інформації, яка зазвичай отримується при інтерв'юванні клієнта, виключена можливість використання невербальних способів отримання інформації, необхідна наявність особливих навиків письмового викладення відповіді [11, с. 49].

Слід також зазначити, що електронна юридична консультація є новим додатковим видом адвокатських послуг. До основних переваг електронних консультацій адвоката як додаткових адвокатських послуг можна віднести:

1. Психологічний аспект – клієнти, коли викладають свою проблему в письмовій формі, більш відповідально відносяться до формулювань, точніше викладають факти, перечитують свій лист і можуть редагувати окремі неточності до відправки електронної пошти; обережніше визначають свої наміри; сукупність цих факторів дає можливість адвокату, що умовно називається «заочним» чи «електронним», більш якісно надати юридичну консультацію і точніше окреслити подальші перспективи вирішення юридичної справи.

2. Економічний аспект – значна економія часу і засобів на організацію зустрічей і відвідування адвоката.

3. Організаційний аспект – мобільне отримання по факсу, електронній чи звичайній пошті текстового варіанту юридичної консультації в повному виді чи експертно-правового висновку в потрібний строк і в узгодженому обсязі [14, с. 390].

4) За формою надання консультацій можна виділити:

а) усне консультування;

б) письмове консультування.

Усне консультування є кращою формою правового інформування громадян, оскільки дає змогу одразу узгодити найоптимальніший для клієнта варіант вирішення його справи. Крім того, за реакцією клієнта юрист може оцінити, чи досягла консультація мети, і оперативно зреагувати на ситуацію. Особливо актуальним це може бути тоді, коли під час опитування не до кінця було з'ясовано цілі клієнта або коли він змінив свої попередні цілі.

З іншого боку, письмове консультування дає змогу отримати консультацію тим людям, які з об'єктивних причин не можуть зустрітись з юристом особисто. Наприклад, зазначені до позбавлення волі, інваліди. Саме тому таке консультування іноді має значний соціальний ефект і, попри певні недоліки, теж застосовується юристами.

Під час письмового консультування моделі домінування позицій втрачають сенс. Насамперед це пов'язано з тим, що юрист не має безпосереднього контакту з клієнтом, у зв'язку з чим він не може узгоджувати з ним ні позицію у справі, ні стратегію та тактику реалізації такої позиції. У зв'язку з цим завданням юриста є лише інформування клієнта про найприйнятніші для нього варіанти вирішення справи та порядок реалізації кожного варіанта.

Письмова консультація, залежно від правових наслідків консультативної роботи, може стати підставою для складання документа, що не викликає для третіх осіб правових наслідків (різного роду довідки, роз'яснення, висновки, відповіді, огляди, результати моніторингу, підготовку проектів документів, тощо) або, навпаки, має правовий ефект.

Надання правової інформації (виокремлення із законодавчого масиву норм, з приводу питання, з яким звернувся клієнт).

Як правило, це справи, у яких клієнт прийшов за порадою чи інформацією щодо особливостей правового регулювання тих чи інших відносин.

Наприклад: до адвоката звернувся громадянин, який хоче дізнатися, чи має він право піти на пенсію за вислугою років, пропрацювавши в закладах охорони здоров'я понад 30 років. В такому випадку, адвокат має звернутися до Закону України «Про пенсійне забезпечення» (далі Закон) та надати клієнтові перелік статей, а саме ст.ст. 51–56 Закону, які стосуються даного питання. При необхідності надати роздруківку перелічених норм [15].

Роз'яснення з правових питань (виокремлення, доведення до відома змісту норм, узагальнення та тлумачення норм).

Лексичне значення терміну «роз'яснення» – те, що вносить ясність у що-небудь, сприяє з'ясуванню чогось [14, с. 872].

Візьмемо за основу вищенаведений приклад. До адвоката звернувся громадянин, який хоче дізнатися, чи має він право піти на пенсію за вислугою років, пропрацювавши в закладах охорони здоров'я понад 30 років. В такому випадку, адвокат має звернутися до Закону України «Про пенсійне забезпечення» та надати клієнтові перелік статей, а саме ст.ст. 51–56 Закону, які стосуються даного питання. При необхідності надати роздруківку перелічених норм.

У випадку, якщо клієнт не розуміє суть та значення положень, які він отримав під час попереднього етапу, то адвокат, зобов'язаний роз'яснити всі аспекти зазначених норм, так би мовити, «пояснити на пальцях» яким чином та чи інша норма відноситься до питання, яке поставив перед ним (адвокатом) клієнт.

Такі різновиди консультативної роботи, як надання правової інформації та роз'яснень з правових питань, мають певну специфіку. Зазвичай відвідувач, якого потрібно отримати певну правову інформацію або роз'яснення, забажає мати їх в письмовій формі. Про подальшу співпрацю мова поки не йде, тому до такого доручення слід поставитися з особливою увагою, щоб не допустити найменшої помилки. Не відомо, як скористається такою довідкою клієнт, але будь-які небажані результати з використанням довідки дадуть привід для претензій до її офіційного автора. Ця частина роботи важлива ще й тому, що виховує у адвоката вміння грамотно, професійно і обгрунтовано складати ділові запити з урахуванням того, що такі папери в залежності від їх якості створюють адекватне ставлення до адвоката [1, с. 624].

Отже, як бачимо, діяльність адвоката, а саме його консультативна діяльність – є складною багаторівневою процедурою, яка має на меті якомога краще та професійніше

надати допомогу всім охочим. Відсутність підзаконного акта, збірника, який би охоплював процедуру організації, етапи здійснення діяльності адвоката – є великою прогалиною.

Висновок. Відсутність спеціального нормативно-правового акта, який би регулював порядок діяльності адвокатів – є великою прогалиною.

Важливою ланкою діяльності адвоката є – консультативна діяльність.

На сьогодні в законодавстві України немає жодного визначення поняття «консультація» а про поняття «консультативна діяльність (робота) адвоката» і в законодавстві, і в наукових джерелах практично нічого не згадується. Тому, пропоную власне визначення поняття «консультативна діяльність (робота) адвоката» та «консультація».

«Консультативна діяльність адвоката» – вид адвокатської діяльності, що включає в себе методи, прийоми, способи та принципи консультування та консультації, як останньої стадії консультування.

«Консультування» – це один із видів консультативної діяльності, процес, що включає в себе збір інформації у справі, аналіз справи, вироблення позиції (–ій) у справі та консультація клієнта, заради надання останньому вичерпної інформації з приводу предмета його звернення.

Поняття **«консультація»** можливо розглядати як кінцевий етап консультування адвоката, результатом якого є надання клієнтові варіантів вирішення його проблеми.

Розглядаючи адвокатську діяльність, як діяльність, яка включає в себе консультативну роботу, то потрібно, для початку, визначитись, я якого моменту адвокат починає виконувати обов'язки, які покладені на нього Законом.

Звернемося до такої дії, як **«звернення до адвоката»**. Звернення до адвоката – домовленість адвоката та особи (потенційного клієнта) про подальші етапи консультування.

Даний етап не можна вважати ні адвокатською, ні консультативною діяльністю, адже, діяльність адвоката починається після погодження всіх умов договору з особою (чи то усного, чи то письмового).

Етапи консультування.

Збір інформації по справі (дії адвоката, які спрямовані на те, щоб отримати достатні для вирішення правових проблем клієнта відомості та дані):

- інтерв'ювання (опитування) клієнта та інших осіб;
- з'ясування обставин справи;
- вивчення документів;
- консультування у фахівців (експертів, спеціалістів).

Дослідження отриманої інформації:

- повторне опитування свідків (якщо це потребується);
- ознайомлення з отриманими документами;

– перевірка отриманих документів на автентичність.

Аналіз (розумовий процес розкладання об'єкта на елементи):

- фактів;
- норм;
- доказів;
- вироблення правової позиції у вирішенні проблеми.

Завершення консультування/резюмування:

За широтою форм резюмування, на перше місце можна поставити надання консультації клієнтові, потім – роз'яснення з правових питань, і нарешті – надання правової інформації.

Надання консультації клієнту;

– надання правової інформації (виокремлення із законодавчого масиву норм, з приводу питання, з яким звернувся клієнт);

– роз'яснення з правових питань (виокремлення, доведення до відома змісту норм, узагальнення та тлумачення норм).

Вважаю, що розгляд даної теми є вкрай доцільним та актуальним, адже внести ясність у таку важливу діяльність адвокатів, як консультування є вкрай корисним не тільки для майбутніх адвокатів, але й для практикуючих юристів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Фіолевський Д.П. Адвокатура: підручник. / 3-тє вид., випр. і доп. – К.: Алерта, 2014. – с. 624.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076 – VI [Електронний ресурс] Верховна Рада України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
3. Матюшенкова Ю. Л. Информирование и консультирование налогоплательщиков. Правовые и организационные аспекты // СПС «КонсультантПлюс». – с. 180–195.
4. «Підготовка адвоката до цивільного процесу» / Я.П. Зейкан – Х.: Фактор, 2017 – с. 7.

5. Цивільний процесуальний кодекс України Верховна Рада України; Кодекс України, Кодекс, від 18.03.2004 № 1618-IV.
6. Адвокатура України: Навчальний посібник: У 2 кн. / За ред. Доктора юридичних наук, професора С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – Кн. 1. – 940 с.
7. Василенко М.Є. Порівняльний аналіз поняття «юридична консультація», «юридичне консультування» та «консультативна діяльність юриста» // Вісник Черкаського університету. – 2011. – Випуск 199. Частина 2. – с. 77–85
8. Блохина О.Ю. Основные правила проведения консультирования. – Тверь, 2001. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1131118>.
9. Бойков А.Д. Адвокатура России: [учебное пособие] / Бойков А.Д., Капинус Н.И. – М.: Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова, 2000. – 376 с.
10. Адвокатская деятельность/ Под ред. В.Н. Буробина. – М., 2001. – 536 с.
11. Барщевський М.Ю. Адвокатская этика. 2-е изд., испр. – М.: «Профобразование», 2000. – 312 с.
12. Воскобитова Л.А. и др. Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения. – М.: Дело, 2001. – 416 с.
13. Про пенсійне забезпечення: Закон України від 05.11.1991 р. № 1788-XII [Електронний ресурс] Верховна Рада України. – URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1788-12>.
14. Словник української мови: в 11 томах. – Том 8, 1977. – Стор. 872.
15. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5.
16. Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень: наказ Міністерства юстиції України від 02.04.2012 р. № 512/5 [Електронний ресурс] / Верховна Рада України: офіційний веб-сайт. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12>.

Веретенникова Татьяна Андреевна

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ КОНСУЛЬТАТИВНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА

Статья посвящена определению правовой природы консультативной деятельности адвоката, ее понятию и видам. Также, исследованию теоретических положений по разделению консультативной деятельности на этапы и выделение технологических, психологических, тактических приемов консультирования. Произведено методика (последовательность действий) консультативной деятельности адвокатов.

Ключевые слова: адвокат, консультативная деятельность, консультирование, этапы консультирования, консультация, клиент.

Veretennykova Tetiana

THEORETICAL ASPECTS OF ADVISORY WORK OF AN ATTORNEY

The article is concerned with identification of legal nature of advisory work of an attorney, its definition and types. Also were researched theoretical provisions in regard to the division of advisory work on stages and separation technological, psychological, tactical methods of consulting. The method (procedure) of advisory work of an attorney is developed.

Keywords: attorney, advisory work, counselling, stages of advisory work, consultation, client.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА СТОРІН ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ АДВОКАТОМ

У статті автор розглядає особливості участі адвоката в процесі виконання судового рішення як представника сторони. Обґрунтовується необхідність закріплення представництва адвокатом інтересів сторони у виконавчому провадженні як окремого виду адвокатської діяльності.

Ключові слова: виконавче провадження, адвокат, адвокатська діяльність, представництво, правова допомога.

Реформа виконавчого провадження та виділення його із завершальної стадії судового провадження в самостійну процесуальну галузь правової науки дало неабиякий поштовх для формування інституту представництва сторін у виконавчому провадженні як нового та самостійного інституту.

Сучасне законодавство про виконавче провадження характеризується складністю та суперечливістю його норм. Відтак, на практиці сторонам виконавчого провадження буває деколи дуже складно реалізувати свої права та обов'язки. У цьому контексті важливе значення має регламентація інституту представництва сторін у виконавчому провадженні з метою ефективного реалізації їх прав та обов'язків.

Дослідженням суб'єктів виконавчого провадження займалися С.С. Бичкова, Ю.В. Белоусов, М.В. Вінциславська, Р.Г. Драгун, Р.В. Ігонін, І.В. Решетнікова. Питання участі представника у виконавчому провадженні було предметом дослідження таких вчених, як Д.П. Ватман, М.В. Вінциславська, Д.В. Кухнюк, М.М. Мальський, С.Я. Фурса, В.В. Цюра, С.В. Щербак, М.Й. Штефан та інші. Разом з цим, особливості участі адвоката як представника сторони у виконавчому провадженні залишаються малодослідженими.

З огляду на зазначене, метою статті є дослідження статусу та повноважень адвоката у виконавчому провадженні як окремого суб'єкта виконавчого процесу.

Відповідно до ст. 131–2 Конституції України для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура [1]. Зазначена норма не заперечує права на правову допомогу в цілому, у тому числі і у межах виконавчого провадження, яку можуть надавати інші, крім професійних адвокатів правники.

На сьогоднішній день в доктринальному рівні багато науковців виділяють процесуальне представництво сторін у виконавчому

провадженні в окремий правовий інститут виконавчого процесу, що зумовлене особливою роллю права на юридичний захист, як одного із засадничих принципів виконавчого процесу [2, с. 281.].

Зокрема, С.В. Щербак [3, с. 44–49], М.В. Вінциславська [4, с. 131–140] розглядають процесуальне представництво у виконавчому процесі як самостійний інститут виконавчого процесуального права (виконавчого процесу), що характеризується власною метою, суб'єктивним складом, характером правовідносин, що виникають між представником та особою, представництво інтересів якої здійснюється, підставами виникнення, наслідками вчинення процесуальних дій.

Ю.В. Гепп зауважує, що представника досить складно включити в якусь конкретну групу учасників виконавчого провадження, оскільки його процесуальне становище є специфічним [5]. Аналогічної позиції притримується і Д.В. Кухнюк [6, с. 14–148] та М.М. Мальський [7, с. 275–283]. Ми підтримуємо позицію даних вчених, та вважаємо, що дійсно представник є окремим суб'єктом виконавчого провадження, самостійність та повноваження якого, тісно пов'язані із правами та обов'язками сторони, яку він представляє.

Правове регулювання процесуального представництва у новій редакції Закону України «Про виконавче провадження» обмежується згадуванням про представників сторін виконавчого провадження у ст. 16 та закріпленням осіб, які не можуть бути представниками – у ст. 17 Закону, а також переліком процесуальних прав представника як іншого учасника виконавчого провадження у ст. 19 вказаного Закону [8].

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження», сторони можуть реалізовувати свої права і обов'язки самостійно або через представників. Особиста участь фізичної особи у виконавчому про-

вадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто.

Слід зазначити, що зазначена норма не є новелою, а «перекочує» з однієї редакції Закону до іншої. При цьому, складається враження, що законодавець не замислюється над змістом, який в неї вкладає. Адже, якщо буквально тлумачити її то вбачається, що боржник у випадку, якщо згідно з рішенням він зобов'язаний вчинити певні дії особисто, та особисто приймає участь у виконавчому провадженні, не може мати представника навіть для реалізації своїх прав, передбачених законодавством. Разом з тим, якщо боржник у випадку що розглядається, не приймає особисто участь у виконавчому провадженні, то права на представника він...має.

На наш погляд краще було б прописати дану норму таким чином, що боржник не має права діяти через представника в частині виконання обов'язку покладеного рішенням на нього особисто, а не заборонити йому мати представника взагалі.

Відповідно до норм статей 63–67 Закону України «Про виконавче провадження», до рішень, за якими боржник зобов'язаний особисто вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення, належать:

- поновлення на роботі;
- відібрання дитини;
- виселення боржника;
- вселення стягувача.

Слід відмітити, що по даним категоріям проваджень Закон України «Про виконавче провадження» не забороняє мати представника, проте вчинення дій (або утримання від їх вчинення), які свідчать про виконання рішення суду чи іншого органу (посадової особи), вимагається саме від боржника, а не від адвоката чи представника. В усіх інших випадках закон не передбачає виконання рішення боржником особисто, а тому ми можемо стверджувати, що виконання може здійснюватись від імені боржника адвокатом чи представником.

Представництво адвоката, на відміну від законного представника, виникає в силу волевиявлення особи – сторони виконавчого провадження. Тому за своїм характером воно є договірним. Оскільки діяльність адвоката у виконавчому провадженні націлена на захист інтересів інших осіб, він має процесуальну [9] або функціональну [10] зацікавленість у виконанні. Ці терміни використовуються науковцями як синоніми, оскільки в обох випадках вони визначають заінтересованість адвоката у спонуканні державного виконавця вчинити певні дії з метою виконання рішення за виконавчим документом.

Зазначають, що саме представництво особи адвокатом найбільш повно гарантує право кожного на правову допомогу, закри-

плений Конституцією України. Відповідно до рішення Конституційного Суду України право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права [11].

Професійне представництво здатне сприяти також праву особи на справедливий судовий розгляд, що закріплене у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) [12]. З огляду на зазначене, є підстави віднести діяльність представника-адвоката до окремого субінституту процесуального представництва у виконавчому провадженні.

Крім того, адвоката як представника сторони виконавчого провадження слід віднести до необов'язкових учасників процесу виконання рішення. Адже його залучення до справи залежить від рішення (ініціативи) сторони такого процесу. Втім, участь адвоката може суттєво посприяти захисту прав і інтересів відповідної сторони. Судове рішення може бути виконане боржником добровільно чи у примусовому порядку, який передбачений Законом України «Про виконавче провадження». У такому випадку адвокат зобов'язаний роз'яснити особі, яка є відповідачем у справі, строки, передбачені для добровільного виконання рішення та наслідки застосування до неї заходів примусового виконання (зокрема, виникнення додаткових витрат, пов'язаних із реалізацією відповідних заходів посадовими особами виконавчої служби, звернення стягнення на майно боржника шляхом його арешту, вилучення та примусової реалізації). Більше того, добровільне виконання є доволі рідкісним явищем в Україні, саме тому роль адвоката зростає.

Так, в Законі України «Про виконавче провадження» міститься лише одне посилання на участь саме адвоката у виконавчому процесі. У ч. 4 ст. 16 визначені документи, які можуть підтверджувати його повноваження. 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 ордеру 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.

У спеціальному Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не міститься положення щодо порядку підтвердження повноважень адвоката у виконавчому процесі. Відповідно до ч. 2 ст. 26 «Підстави для здійснення адвокатської ді-

яльності» зазначеного Закону повноваження адвоката як захисника або представника в господарському, цивільному, адміністративному судочинстві, кримінальному провадженні, розгляді справ про адміністративні правопорушення, а також як уповноваженого за дорученням у конституційному судочинстві підтверджуються в порядку, встановленому законом [13]. Такий стан речей слід розцінити як недолік законодавства, адже стаття, посилаючись на вид адвокатської діяльності – представництво, не закріплює всіх основних його напрямів. Натомість сформульована таким чином, що складається враження про виключний перелік видів представництва. З огляду на це, дане положення потребує змін шляхом доповнення представництва адвокатом у виконавчому провадженні.

Закон не визначає моменту вступу адвоката у виконавче провадження. На практиці адвокат може приступити до виконання своїх професійних обов'язків на будь-якій стадії виконавчого провадження і у будь-якій справі, коли в особи виникне необхідність отримати кваліфіковану правову допомогу.

Виділяють дві форми участі адвоката у виконавчому процесі:

– як продовження процесуального представництва у цивільному (адміністративному, господарському) процесі, де адвокат здійснював представництво інтересів позивача або відповідача (третьої особи);

– як безпосередня участь адвоката лише в процесі вчинення виконавчих дій у державній виконавчій службі [14].

Однак, в деяких випадках адвокат не може брати участь у виконавчому процесі. Так, ч. 1 ст. 28 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» 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.

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 розпорядитися своїми матеріальними та процесуальними правами, а також засобами захисту [15]. 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 сторони 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 інформацію щодо стану виконання рішення.

Тому на наш погляд, украї необхідно на законодавчому рівні відокремити представництво адвоката у суді від представництва на стадії виконання судового рішення, внівши зміни до ст. 1, 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», які стосуються здійснення адвокатом представництва як виду адвокатської діяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Мальський М. М. Особливості діяльності адвоката в транснаціональному виконавчому процесі / М. М. Мальський // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2. – С. 281.
3. Щербак С. В. Представництво у виконавчому процесі [Текст] / С. В. Щербак // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2013. – № 1(8). – С. 44–49.
4. Винциславская М. В. Представительство сторон в исполнительном процессе: проблемы теории и практики // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 3 «Исполнительный процесс» / Под ред. д. ю. н., проф. С. Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С. Я., 2014. – С. 131–140.
5. Гепп Ю. В. Участники исполнительного производства: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 / Гепп Юлія Володимирівна. – Саратов, 2002. – С. 121–132.
6. Кухнюк Д. В. Особенности статуса адвоката-представителя и правовая природа его деятельности в исполнительном производстве // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 3 «Исполнительный процесс» / Под ред. д. ю. н., проф. С. Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С. Я., 2014. – С. 140–148.
7. Мальський М. М. Актуальные аспекты представительства сторон исполнительного производства адвокатом // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 4 «Адвокату-

- ра» / Под ред. д.ю. н., проф. С. Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С. Я., 2015. – С. 275–283.
8. Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. // Голос України. – 2016. – № 122–123.
 9. Білоусов Ю. В. Виконавче провадження: навч. посіб. / Ю. В. Білоусов. – К.: Прецедент, 2005. – 192 с.
 10. Фурса С. Я. Виконавче провадження в Україні: навч. посіб. / С. Я. Фурса, С. В. Щербак. – К.: Атіка, 2002. – 480 с.
 11. Рішення Конституційного Суду України у справі зв конституційним зверненням громадянина Голованя Ігора Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009// Офіційний вісник України. – 2009. – № 79. – Ст. 2694.
 12. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 // Офіційний вісник України від 16.04.1998 р., № 13, / № 32 від 23.08.2006, стор. 270.
 13. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076 – VI [Електронний ресурс] Верховна Рада України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
 14. Щербак С. В. Вказана праця.
 15. Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / М. Й. Штефан. – К.: Ін Юре, 2005. – 608 с.

Дерій Елена Александровна
АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА СТОРОН
ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА АДВОКАТОМ

В статье автор рассматривает особенности участия адвоката в процессе исполнения судебного решения как представителя стороны. Обосновывается необходимость закрепления представительства адвокатом интересов стороны в исполнительном производстве в качестве отдельного вида адвокатской деятельности.

Ключевые слова: исполнительное производство, адвокат, адвокатская деятельность, представительство, правовая помощь.

Derii Olena
ACTUAL ISSUES CONCERNING REPRESENTATION OF PARTIES AS FOR ENFORCEMENT
PROCEEDINGS BY THE ATTORNEY AT LAW

The article considers some features of a attorney at law in the enforcement of a judgment as a representative side. The necessity of securing representation advocate the interests of the parties in enforcement proceedings as a separate type of advocacy.

Key words: enforcement proceedings, attorney at law, advocacy, representation, legal aid.

УДК 347.9

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ НОТАРІАЛЬНОЇ ТАЄМНИЦІ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Статтю присвячено дослідженню реалізації принципу нотаріальної таємниці в нотаріальному процесі. Розкривається зміст поняття «нотаріальна таємниця» як одного з основоположних принципів здійснення нотаріальної діяльності. Автором вносяться пропозиції щодо заповнення прогалин у питанні охорони нотаріальної таємниці та вдосконалення чинного законодавства про нотаріат, що регулює дане питання.

Ключові слова: нотаріус, нотаріальна таємниця, принцип, нотаріальна дія, нотаріальне провадження, нотаріальна процедура.

Постановка проблеми. Актуальність теми обумовлена тим, що вивчення нотаріальної таємниці є важливим питанням в нотаріальній науці, зокрема зміни, які вносилися до чинного законодавства щодо регламентації правовідносин у цій сфері. Сьогодні в Україні точаться наукові дискусії та фахові розмови щодо інституту нотаріату, так як у сучасних умовах розвитку ринкових відносин та громадянського суспільства професія нотаріуса в Україні зайняла особливе місце серед юридичних професій, а збереження нотаріальної таємниці є гарантією здійснення нотаріусами вчинених нотаріальних дій, адже за недодержання професійної таємниці нотаріуси ризикують анулюванням Міністерством юстиції України свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю.

Метою статті є спроба проаналізувати нотаріальну таємницю, теоретичні та практичні аспекти принципу збереження таємниці нотаріальної дії, а також вивчити суть цього принципу, проаналізувати вплив прогалин законодавства на практичну діяльність нотаріусів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В науці питанню нотаріальної таємниці присвячено багато наукових праць відомих вітчизняних та зарубіжних вчених. Серед них насамперед можна назвати таких як Баранкова В. В., Бондарева В. М., Зілковська К. Л., Ільєва Н. В., Комаров В. В., Остапенко О. Є., Парасюк В. М., Фурса С. Я., Горбань Н. С. та ін.

Виклад основного матеріалу. Щодня до нотаріусів і посадових осіб, на яких покладено виконання деяких нотаріальних дій, звертаються тисячі громадян та представники юридичних осіб за посвідченням правочинів, за засвідченням копій документів або за вчиненням інших нотаріальних дій. З моменту свого виникнення нотаріат являє собою унікальний інститут превентивного правосуддя, покликаний забезпечувати чітку реалізацію прав і законних інтересів учасників цивільного обороту з метою по-

передження звернення останніх до судових інстанцій за захистом. Здійснюючи від імені держави передбачені законодавством нотаріальні дії, нотаріуси є ключовою ланкою ефективно функціонуючої правової системи і невід'ємним елементом демократичної правової держави.

Вчинення нотаріальних дій в Україні – покладається на нотаріусів, які працюють в державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси). Нотаріус – це уповноважена державою фізична особа, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності, а також здійснює функції державного реєстратора прав на нерухоме майно у порядку та випадках, встановлених Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [1].

Зміни, внесені до чинного законодавства, зокрема й до Закону України «Про нотаріат», суттєво змінили правове регулювання питання нотаріальної таємниці. З огляду на це актуальність обраної для дослідження теми полягає в розкритті питання нотаріальної таємниці в аспекті чинного законодавства України, а також окресленні проблемних питань українського законодавства щодо нотаріальної таємниці та шляхів їх вирішення.

Визначальний принцип необхідності захисту особистих таємниць громадян, які довіряються представникам певних професій у зв'язку зі здійсненням ними їх професійної діяльності, отримав відповідне вираження в нотаріальному процесуальному праві у формі принципу нотаріальної таємниці.

Одним із важливих елементів є принцип таємниці нотаріальної дії. Водночас його гарантією є те, що наслідки протиправного розголошення відомостей, які утворюють нотаріальну таємницю, мають негативний характер і пов'язані з притягненням винного нотаріуса або іншої особи, причетної до вчинення нотаріальної дії, до юридичної відповідальності.

Вимога обмеженості доступу до відомостей, які утворюють нотаріальну таємницю, означає переважно, що відомості про факт звернення до нотаріуса, суть і зміст його консультації, відомості про нотаріальну дію та, як наслідок, документи, які оформлюються в процесі дії чи консультації (матеріальні носії конфіденційної, таємної інформації), не можуть бути розголошені тими, кому в силу їх службового, професійного або іншого обов'язку зазначена інформація стала відома. Інакше кажучи, збереження таємниці вчиненої нотаріальної дії як принцип нотаріального процесу формалізується також як найважливіший обов'язок нотаріуса.

В юридичній літературі під нотаріальною таємницею розуміють відомості конфіденційного характеру про людину, яка звернулася до нотаріальної контори, про вид наданих їй послуг, зміст документів, третіх осіб тощо, про які стало відомо державному чи приватному нотаріусу, а також службовим особам, які здійснюють нотаріальні дії. Такі відомості підлягають розголошенню лише в прямо передбачених законодавством випадках і певному колу осіб [2].

Стаття 8 Закону України «Про нотаріат» визначає, що нотаріальна таємниця – це сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, в тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки тощо. З огляду на це важливо виокремити таких суб'єктів, зобов'язаних зберігати нотаріальну таємницю: нотаріус; особи, яким надано право вчиняти окремі види нотаріальних дій; особи, залучені до участі у вчиненні нотаріальних дій; особи, які дізналися про предмет нотаріальної таємниці, у зв'язку з виконанням службових обов'язків чи іншої роботи; інші особи, яким стали відомі відомості, що становлять предмет нотаріальної таємниці. Вимога додержання таємниці вчиненої нотаріальної дії стосується не тільки змісту дії, а й самого факту її вчинення. При здійсненні юридичних дій нотаріусом безпосередньо стають відомо багато фактів приватного життя людини, без знання яких неможливо здійснення ним своїх професійних повноважень. Людина змушена надати документи, в яких можуть міститися відомості, що становлять лікарську таємницю або банківську, або просто розголошення яких було б небажане. Тому виділяється особливо таємниця нотаріальної дії, покликана забезпечувати

недоторканість приватного життя індивідуума. Дане правило присутнє в законодавстві багатьох країн світу [3].

Нотаріальна таємниця має надзвичайно вагоме значення під час здійснення нотаріального провадження, адже вона підкріплює довіру громадян до нотаріату та є одним із важливих правил діяльності самого нотаріуса, що забезпечує його авторитет. Особа, якій уперше надається право займатися нотаріальною діяльністю, в управлінні юстиції Ради Міністрів Республіки Крим, обласної, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій в урочистій обстановці приносить присягу, у якій присягає зберігати професійну таємницю. Нотаріуси та інші посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, несуть професійну відповідальність за розголошення таємниці вчинюваних нотаріальних дій [2, с. 78].

На думку В. М. Парасюка, нотаріальна таємниця, поряд із адвокатською, банківською та медичною відноситься до різновидів професійної таємниці. Як відомо, професійна таємниця – це матеріали, документи, інші відомості, якими користується особа в процесі виконання своїх професійних обов'язків, які забороняється розголошувати у будь-якій формі [4].

Відповідно до частин 2 та 3 ст. 8 Закону України «Про нотаріат» обов'язок зберігати нотаріальну таємницю покладається на:

- нотаріуса;
- посадових осіб органів місцевого самоврядування (у разі вчинення цими особами нотаріальних дій відповідно до ст. 74 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні»);
- консульські установи та дипломатичні представництва України (у разі вчинення нотаріальних дій, також обов'язок додержання нотаріальної таємниці закріплено в ст. 46 Указу Президента України «Про консульський статут України»);
- головних лікарів, їхніх заступників із медичної частини або чергових лікарів лікарень, госпіталів, інших стаціонарних закладів охорони здоров'я, будинків для осіб похилого віку та інвалідів, начальників госпіталів, директорів або головних лікарів будинків для осіб похилого віку та інвалідів (у разі вчинення нотаріальної дії);
- капітанів морських, річкових суден, що ходять під прапором України (у разі вчинення нотаріальної дії);
- начальників пошукових або інших експедицій (у разі вчинення нотаріальної дії);
- командирів (начальників) військових частин, з'єднань, установ, військово-навчальних закладів (у разі вчинення нотаріальної дії);
- начальників установ виконання покарань (у разі вчинення нотаріальної дії);
- начальників слідчих ізоляторів (у разі вчинення нотаріальної дії);
- стажиста нотаріуса;

– осіб, яким про вчинені нотаріальні дії стало відомо у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків чи іншої роботи;

– осіб, залучених для вчинення нотаріальних дій як свідків;

– інших осіб, яким стали відомі відомості, що становлять предмет нотаріальної таємниці.

З наведеного постає, що обов'язок зберігати нотаріальну таємницю поширюється на будь-яких осіб, яким стала відома відповідна інформація. У ч. 2 ст. 8 Закону України «Про нотаріат» встановлено обов'язок зберігати нотаріальну таємницю, навіть якщо діяльність особи обмежується наданням правової допомоги або ознайомленням із документами, і нотаріальна дія чи дія, яка прирівнюється до нотаріальної, не вчинялася.

Отже, після звернення за вчиненням нотаріальної дії обов'язок зберігати нотаріальну таємницю виникає в будь-яких осіб, яким стала відома інформація, що становить предмет нотаріальної таємниці. Правове значення нотаріальної таємниці є надзвичайно вагомим. Нотаріальна таємниця має безпосередній вплив на вчинення нотаріального провадження та порядок його організації.

Особи, винні в порушенні нотаріальної таємниці, несуть відповідальність у порядку, встановленому законом. Закон України «Про нотаріат» питання відповідальності за розголошення нотаріальної таємниці врегулює нечітко, оскільки містить відсилочну норму. Так, винні в порушенні нотаріальної таємниці особи несуть відповідальність у встановленому законом порядку. Водночас на сьогодні відсутній закон, який чітко врегулював би питання відповідальності за розголошення нотаріальної таємниці. Питання відповідальності винних осіб можна розглядати, керуючись загальними нормами українського законодавства. Доцільно застосовувати до таких осіб загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду. Відповідно до ст. 1166 ЦК України майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, відшкодовується у повному обсязі особою, яка її завдала. Нотаріусу під час нотаріального процесу за участю перекладача потрібно роз'яснювати відповідальність перекладача на підставі ст. 1166 ЦК. Що ж стосується стажиста та помічника, то в укладеному із ними трудовому контракті потрібно закріплювати цю норму.

Порушення нотаріусом таємниці вчинення нотаріальних дій є підставою для анулювання свідчення про право на заняття нотаріальною діяльністю згідно зі ст. 12 Закону України «Про нотаріат».

Додержання таємниці нотаріальних дій полягає в тому, що нотаріальні дії необхідно виконувати лише в присутності зацікавленої особи (або осіб), і лише в разі необхідності – у присутності тих, хто їм допомагає (представників, пе-

рекладачів, громадян, які підписують документи за хворих чи неписьменних, та інших осіб). Ніхто зі сторонніх осіб не має права спостерігати за ходом нотаріальної процедури.

Цю вимогу нотаріус зобов'язаний виконувати незалежно від того, чи здійснює він нотаріальну дію в приміщенні контори або ж за її межами. Відповідно, учасники нотаріального процесу мають право наполягати на створенні умов, що виключатимуть розголошення відомостей, які вони збираються тримати в секреті. Дотриманню таємниці вчинення нотаріальних дій повинні сприяти умови праці нотаріуса. Міністерство юстиції України закріпило на законодавчому рівні організаційні моменти роботи приватних нотаріусів у Положенні про вимоги до робочого місця (контори) приватного нотаріуса та здійснення контролю за організацією нотаріальної діяльності від 23.03.2011 р. № 888/5. З метою підвищення культури обслуговування населення та забезпечення законних інтересів фізичних та юридичних осіб законодавцю доцільно закріпити відповідні вимоги щодо робочих місць державних нотаріусів, оскільки на практиці виникає ситуація, коли умови праці державних нотаріусів унеможливають виконання покладених на них Законом України «Про нотаріат» обов'язків. Адже як можна забезпечити збереження таємниці вчинення нотаріальних дій, якщо в одному приміщенні державної нотаріальної контори ведуть прийом кілька нотаріусів одночасно? [5].

У Законі України «Про нотаріат» також йдеться про майнову відповідальність нотаріусів, яка настає за збитки, заподіяні клієнтам, незаконні дії або недбалість. Державні нотаріуси відшкодовують збитки у порядку регресу, а приватні нотаріуси відповідно до ст. 27 Закону України «Про нотаріат» відшкодовують збитки в повному обсязі [1].

Вагомим кроком вперед є внесення змін до законодавства щодо виконавчого провадження після неодноразового звернення уваги науковців щодо існування проблеми закріплення в ст. 8 ЗУ «Про нотаріат» державних виконавців як одних із суб'єктів, яким потрібно надати право на отримання певної інформації, що охорояється нотаріальною таємницею. Через відсутність такої норми на практиці неодноразово виникали спори.

Так, наведемо для прикладу судове рішення Лисичанського міського суду Луганської області від 23.08.2014 р. Відповідно до ч. 5 ст. 8 Закону України «Про виконавче провадження» в.о. начальника відділу державної виконавчої служби у разі вибуття однієї із сторін виконавчого провадження за власної ініціативи звернувся до суду із заявою про заміну сторони її правонаступником. Оскільки інформації щодо правонаступника державний виконавець не мав, він направив запит до Лисичанської нотаріальної контори про надання інформації щодо ви-

значення правонаступників померлої особи. Нотаріусом було відмовлено в наданні вищевказаної інформації на підставі ст. 8 ЗУ «Про нотаріат». Тому в.о. начальника відділу державної виконавчої служби звернувся до Лисичанського міського суду з заявою про заміну сторони виконавчого провадження її правонаступником, посилаючись на відмову нотаріуса давати відповідь на запит. Суд, керуючись нормами законодавства, відмовив в заміні сторони виконавчого провадження, у зв'язку з необґрунтованістю вимог.

Так, 5 жовтня 2016 року набрав чинності Закон України «Про виконавче провадження», яким передбачено зміни до Закону України «Про нотаріат» та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». На сьогоднішній день, згідно з ч. 3 ст. 18 ЗУ «Про виконавче провадження»: «Обов'язки і права виконавців, обов'язковість вимог виконавців: 3) з метою захисту інтересів стягувача одержувати безоплатно від державних органів, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, посадових осіб, сторін та інших учасників виконавчого провадження необхідні для проведення виконавчих дій пояснення, довідки та іншу інформацію, в тому числі конфіденційну» [7]. Так само внесено зміни і до абзацу 13 статті 8 Закону України «Про нотаріат»: «Нотаріус на письмовий запит органів доходів і зборів, державного виконавця, приватного виконавця надає інформацію про вступ фізичної особи у права спадкоємця з обов'язковим зазначенням повних даних про таку особу та даних про майно, отримане за правом успадкування».

Висновки. Нотаріальна діяльність є різновидом правозастосовчої, юрисдикційної діяльності, яка зачіпає найбільш важливі та істотні аспекти здійснення прав фізичними і юридичними особами і тому підводячи підсумок, варто відзначити, що обов'язок зберігати таємницю вчинення нотаріальної

дії є основним принципом в діяльності нотаріусів, який запобігає можливості настання несприятливих наслідків у разі розголошення таємниці, бо додержання таємниці вчинюваних нотаріальних дій є одним із найважливіших правил діяльності нотаріуса, що забезпечує його авторитет і перешкоджає виникненню несприятливих наслідків для осіб, які звернулися до нотаріуса.

Отже, реалізація принципу збереження нотаріальної таємниці дає змогу, окрім іншого, проявити практичну дієвість нотаріату як публічно-правового інституту. І дієвість ця полягає, переважно в існуванні незалежного, розвинутого нотаріату, а також у повноцінному й ефективному його функціонуванні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Закон України «Про нотаріат»// Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – С. 383. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/para059#o59>.
2. Правовые основы нотариальной деятельности: [учеб. пособие]/ под ред. В.Аргунова. – М.: БЕК, 1994. – 287 с.
3. Бондарева М. В. Принцип таємниці вчинення нотаріальних дій // М. В. Бондарева. – Київ: Часопис Київського університету права – № 4. – 2009. – С. 22.
4. Парасюк В. М. Нотаріальна таємниця: окремі спірні питання / В. М. Парасюк // Митна справа (Митний комплект): Митні правила. – 2010. – № 6. – Ч. 2. – с. 182–185.
5. Фурса С. Нотаріат в Україні. Загальна частина / С. Фурса, Є. Фурса. – К.: Вентурі, 1999. – 264 с.
6. Ухвала Лисичанського міського суду Луганської області № 415/3114/14-ц. – 23.08.2014 р. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40367333>.
7. Закон України «Про виконавче провадження»// Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 30. – С. 542. Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1404-19/paran179#n179>.

Мелконян Нара Генриевна

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА НОТАРИАЛЬНОЙ ТАЙНЫ В НОТАРИАЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ

Статья посвящена изучению реализации принципа нотариальной тайны в нотариальном процессе. Раскрывается содержание понятия «нотариальная тайна» как одного из основополагающих принципов осуществления нотариальной деятельности. Вносятся предложения по заполнению пробелов в вопросе охраны нотариальной тайны и усовершенствования действующего законодательства о нотариате, регулирующего данный вопрос.

Ключевые слова: *нотариус, нотариальная тайна, принцип, нотариальное действие, нотариальное производство, нотариальная процедура.*

Melkonyan Nara

IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF NOTARIAL SECRETS IN THE NOTARIAL PROCESS

The article is devoted to the study of the principle of secrecy of the notary in the notary process. Expands the concept of «notary secret» as one of the fundamental principles of notarial activities. Make proposals for filling gaps in the protection of the notary secrets, and to improve the existing legislation on the notariety, regulating the matter.

Key words: *notary, notary mystery, principle, notarial act, notarial proceedings, notarial procedures.*

VII НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ З ЦИВІЛІСТИЧНОГО ПРОЦЕСУ

Кучер Тетяна Миколаївна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри нотаріального
та виконавчого процесу і адвокатури
Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

«ТЕОРІЯ ДОВЕДЕННЯ У ЦИВІЛІСТИЧНОМУ ПРОЦЕСІ»

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що утвердження та забезпечення основоположних прав і свобод людини є головним обов'язком України як демократичної, соціальної, правової держави. Ці конституційні положення (статті 1, 3 Конституції України) потребують втілення в життя шляхом удосконалення законодавства, невпинної та продуктивної праці вчених, законотворців, суддів, нотаріусів, виконавців та інших уповноважених осіб, яким держава делегувала виконання завдань з реалізації, охорони, захисту та відновлення прав, свобод чи інтересів осіб. Нині, коли у державі взято курс на європейську інтеграцію, а суспільство вимагає швидких позитивних змін у всій правовій системі України, щоб проголошені лозунги стали реальністю, потрібні фундаментальний перегляд існуючих доктрин та неординарні підходи до способів вирішення проблем у юриспруденції.

Традиційно в Україні досліджують і піддають критичному аналізу певні галузі правової науки або проблеми в діяльності фахівців в окремій сфері юриспруденції. Зокрема, можна почути дуже багато публічних нарікань на діяльність суддів, виконавців. Але слід визнати, що значна частина проблем у юриспруденції є системною: коли для розвитку вітчизняного законодавства береться досвід зарубіжних країн (зокрема принцип змагальності цивільного процесу) і запроваджується без урахування української ментальності, своєчасної підготовки фахівців, без комплексного запозичення інститутів, на яких ґрунтується дія цього принципу в зарубіжному судочинстві тощо. Одночасно з принципом змагальності до української правової системи було введено й принцип верховенства права, але його запровадження відбувалося без узгодження з іншими принципами в усі сфери діяльності правоохоронних органів і посадових осіб, які мають специфічні риси діяльності. Саме тому обрання теми дослідження зумовлено необхідністю усунути проблеми в юриспруденції системно, зокрема у галузі цивільного, нотаріального та виконавчого процесів, які разом становлять поняття «цивілістичний процес».

Актуальність дослідження і доцільність виокремлення процесу доведення в цивілістичному процесі зумовлюється багатьма чинниками, найголовніший з яких полягає в тому, що, перш ніж ухвалити будь-яке рішення, уповноважені особи мають дослідити всі матеріали справи, позицію всіх зацікавлених осіб тощо. Але досі в юриспруденції бачать докази тільки у певній процесуальній формі (речові, письмові тощо) і нехтують такі важливі засоби впливу на процес прийняття рішення, як доводи (тези, аргументи) заінтересованих осіб. Крім того, досить часто рішення судів супроводжуються лише посиланням на закони, замість позначення мотивів, що його обґрунтовують.

На жаль, багато вчених, з огляду на традиції пострадянської школи процесуалістів, не бажають бачити далі процесу доказування в судочинстві, оскільки досі вважають сферою своєї діяльності тлумачення навіть не законів, а постанов Пленуму Верховного Суду України. Такий підхід не дає можливості досягнути принцип верховенства права, а в необхідних випадках – вийти за межі, встановлені законом, і врегулювати відносини в межах аналогії закону або права, не лише відчутти, а й застосувати в реальній правовій ситуації принципи розумності, добросовісності, справедливості та реально підняти права людини вище, ніж допускає чинний закон.

Водночас не можна нехтувати працями таких видатних українських учених-процесуалістів, як М. Й. Штефан, Т. П. Заворотько, Є. Г. Пушкар. Оскільки вони зробили істотний внесок у розвиток процесу доказування як надійного фундаменту процесу доведення, що і на сьогодні є актуальним, хоча сучасні науковці невинно забувають їх праці. Справді, в Інтернеті їхні прізвища складно знайти, і простіше переорієнтувати пошук джерел на видатних дореволюційних учених, які так само розвивали науку доведення. Однак для сприйняття індивідуальності української правової науки слід враховувати сучасні зарубіжні тенденції, але й не забувати про здобутки вітчизняних учених як процесуалістів, так і цивілістів, які

внесли значний вклад у вдосконалення законодавства України. Зокрема, Цивільний кодекс України було доповнено важливими положенням щодо доказів, процесу доказування і доведення. Отже, всі провідні наукові праці в галузі процесу доказування справи вплив на це дослідження, і без них ця робота була б неможливою.

Праця науковців у галузі права не може бути суто теоретичною, адже не раціонально вирішувати надумані проблеми. Тому істотним поштовхом для обрання теми дослідження стали проблеми в діяльності суддів, нотаріусів і виконавців, виявлені автором під час здійснення представництва в судах, за час стажування у нотаріусів і виконавців. Практичний досвід дозволив відчутти розрив між теоретичними доробками вчених і реальною діяльністю зазначених фахівців, які досить часто в силу значного навантаження самостійно не підвищують власної кваліфікації та, за їхніми словами, не отримують новітніх ґрунтовних знань на курсах підвищення кваліфікації. Розрив між теорією та практикою спонукав до комплексного аналізу причин виникнення істотних помилок у практичній діяльності зазначених осіб, які, поряд із загальновідомими, слід пов'язувати з відсутністю розмежування в підходах до питань доказування у сфері цивільного судочинства, нотаріальної та виконавчої практики. Нині слід визначитися в особливостях застосування в практичній діяльності принципу верховенства права, оскільки судді, з одного боку, мають застосовувати висновки Верховного Суду України (ст. 360–7 ЦПК України), а з іншого – визначати права та обов'язки людини і громадянина виключно за законами України (ст. 92 Конституції України). Проте допускається можливість виникнення у суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, що можна кваліфікувати як результат діяльності учасників процесу з доведення такої обставини. На практиці ж у рішеннях окремих судів першої інстанції можна помітити встановлення факту невідповідності законів Конституції України та міжнародним актам. У діяльності виконавців так само позначено верховенство права, отож допустимість виходу їх повноважень за межі визначено в законодавстві, з чим важко погодитися, тощо.

Отже, розвиток законодавства та практики його застосування відбувається без попереднього ґрунтовного аналізу перспектив упровадження новітніх норм, що робить нашу правову систему неузгодженою і непередбачуваною. У зв'язку з цим об'єктивно необхідним має стати випереджаючий розвиток правової науки, зокрема системне дослідження проблем цивільного процесу.

Системне вирішення проблем у цивільному процесі неможливе й без підготовки висококваліфікованих фахівців з урахуван-

ням специфіки їх майбутньої професії. Глибокі теоретичні знання потрібні як суддям, так і нотаріусам та виконавцям, що дасть їм змогу вільно орієнтуватися і не допускати порушення прав громадян у складних правових ситуаціях, які не підпадають під пряму дію норм законодавства тощо. На сьогодні, коли домінуючим принципом правової системи України визнано верховенство права, треба диференціювати повноваження осіб, які вправі діяти відповідно до цього принципу, а які повинні дотримуватися принципу законності, оскільки грань між ними може вимірюватися новим і малодослідженим поняттям «зловживання правом». Отже, можна стверджувати, що лише ґрунтовно підготовлений фахівець здатен самостійно і в короткий термін приймати важливі й відповідальні рішення, здійснювати складну розумову діяльність на кожній стадії ухвалення рішення, а також грамотно, послідовно і логічно викладати його мотиви.

Як виявилось, термінологію, що використовується в законодавстві та має означати результати розумової діяльності, викладено хаотично, вона неперсоніфікована й неконкретна, що провокує помилки на практиці. Тому існує об'єктивна потреба в аналізі сучасних проблем щодо правової термінології, зокрема процесу доведення, про який ідеться в різних статтях Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) та інших нормативних актах (зокрема, п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, частини 2–3 ст. 10, ч. 1 ст. 60 ЦПК України тощо). Як можуть фахівці та пересічні громадяни сприймати «доказ» та «довід» і застосовувати їх у реальному процесі, якщо зміст цих понять законодавством не розкрито, а науковці до останнього часу дискутують з приводу їх змісту?

Очевидно, що сутність доведення дуже тісно корелює з формуванням у всіх учасників цивільної справи, нотаріального та виконавчого провадження переконання у вірогідності обраної особою позиції і, зрозуміло, розумовою діяльністю, яка дає змогу вибудовувати не лише думки щодо окремих компонентів відповідних справ, проваджень, а й загальне суб'єктивне ставлення до них у цілому. Однак правильність такої позиції на момент розгляду окремої справи чи вчинення провадження досить імовірна, адже є лише власним припущенням кожної особи, яка бере у ній участь. Для формування в інших суб'єктів стійкого переконання щодо правильності відповідного припущення слід мати надійне підґрунтя, яким є докази щодо правомірності вимог чи заперечень заінтересованої особи. У нотаріальному, цивільному та виконавчому процесах існує закріплення у законі порядок надання заінтересованими особами таких доказів: у цивільній справі (ч. 2 ст. 60, п. 6 ч. 2 ст. 119, статті 131, 133–144 ЦПК України), під час вчинення

нотаріальних проваджень (абз. 1 ч. 1 ст. 4, ч. 2 ст. 42, ч. 5 ст. 44, ст. 46, ч. 2 ст. 51 Закону України «Про нотаріат») та примусовому виконанні рішень судів та інших органів (посадових осіб) (абз. 2 ч. 1, ч. 4 ст. 8, п. 2 ч. 2 ст. 18, пп. 3–4, 14–15, 17 ч. 3 ст. 18, частини 1–3 ст. 19, п. 5 ч. 5 ст. 19 Закону України «Про виконавче провадження» тощо), окремі складові якого традиційно віднесено до терміна «доказування». Тісне поєднання та взаємозумовленість таких важливих і водночас необхідних категорій, як докази, засоби доказування, процес доказування, доводи, процес доведення, свідчать не лише про нагальну потребу вивчення іманентної сутності кожного з них та їх розмежування, а й ретельного дослідження та встановлення організації зв'язків і відносин між такими елементами, гносеологічними особливостями застосування в межах складових цивільного процесу. Незважаючи на досить нетривалий час вивчення досліджуваних явищ, їх важливість і значимість уже яскраво підтверджено індексом цитування автора.

Важливе значення щодо необхідності виокремлення таких юридичних категорій, як «доводи» та «доведення» та їх ґрунтового дослідження, зокрема сутності та складових, мають праці українських учених В.Д. Андрійцо, Ю.В. Білоусова, С.С. Бичкової, М.О. Гетманцева, О.О. Грабовської, М.М. Д'якович, П.П. Заворотька, О.О. Кармази, О.М. Клименко, В.В. Комарова, В.А. Кройтора, О.М. Лазька, Р.М. Мінченко, Р.О. Стефанчука, В.І. Тертишнікова, Р.В. Тертишнікова, Є.І. Фурси, С.Я. Фурси, Т.В. Цюри, М.М. Ясинка та ін. Великий внесок у розвиток інституту доказів і доказування зробили також російські вчені: О.Т. Боннер, Л.А. Ванєєва, Є.В. Васьковський, С.В. Курильов, І.Г. Медведєв, Ю.К. Орлов, І.В. Решетнікова, А.К. Сергун, М.К. Треушников, М.А. Фокіна, В.М. Шерстюк, В.В. Ярков та ін.

Метою даної наукової роботи є комплексне, ґрунтовне, всебічне дослідження сутності доведення у цивільному процесі, виділення притаманних йому елементів (доказів, засобів доказування, доказування, доводів, мотивів тощо) з одночасним дослідженням їх квінтесенції, встановлення їх кореляційних взаємозв'язків, специфіки досліджуваних об'єктів у кожному структурному компоненті наукового об'єднання нотаріального, цивільного та виконавчого процесів, що дасть змогу не лише теоретично переосмислити сталі підходи до таких об'єктів дослідження, а й сформулювати абсолютно новий рівень наукового пізнання – теорію досліджуваного явища з виділенням його складових і системних взаємозв'язків, запропонувати зміни чинного регулювання досліджуваних категорій шляхом внесення змін до чинного законодавства України.

Наукова новизна одержаних результа-

тів полягає в тому, що ця праця є першим системним комплексним дослідженням нового виду процесу – доведення, пізнання його онтологічної сутності, виділення його складових. Введення нового поняття в цивільний процес дозволило не лише усунути наявні суперечності у доктрині нотаріального, цивільного та виконавчого процесів, а й виробити абсолютно новий погляд на діяльність осіб, які беруть участь у цивільній справі, вчиненні нотаріального, виконавчого провадження задля отримання сприятливого для громадян результату – поліпшити якість правоохоронної діяльності суддів, нотаріусів і виконавців. Проведене дисертаційне дослідження дозволило сформулювати і обґрунтувати теоретичні положення та практичні висновки, найважливішими з яких є такі:

вперше:

1. Обґрунтовано, що для формування теорії доведення у цивільному процесі існує низка об'єктивних передумов, які набувають особливої актуальності в період реформування правоохоронних і правозахисних органів держави.

1.1. Аргументовано, що перебудова та демократизація суспільних відносин в Україні зумовила необхідність запровадження до Цивільного кодексу України таких принципів, як справедливість, добросовісність і розумність, свобода договору (статті 3, 6, 8), верховенство права (аналогія закону та права), презумпція правомірності правочину; до Сімейного кодексу України – положень щодо моральних засад суспільства (ст. 3), що істотно вплинуло на цивільний процес та необхідність здійснення нотаріальної та судової діяльності з урахуванням цих принципів та переорієнтації діяльності суду і нотаріусів з процесу доказування на процес доведення. Щодо виконавців, то їх діяльність повинна здійснюватись у чітко визначених законом межах (принцип законності), що має певний вплив на сприйняття і регламентацію у виконавчому провадженні як процесу доказування, так і доведення.

1.2. Встановлено, що передумовами формування теорії доведення у цивільному процесі є норми відповідних законодавчих актів (законодавчі передумови), де закріплено термін «доведення» та похідні від нього поняття, зокрема, п. 4 ст. 129 Конституції України; частини 2–3 ст. 10, ч. 1 ст. 27, ч. 1 ст. 60, п. 4 ч. 6 ст. 130, ч. 2 ст. 131, ст. 178, частини 1, 3, 4 ст. 303, ч. 2 ст. 304, п. 2 ч. 1 ст. 309, п. 2 ч. 1 ст. 311, ч. 1 ст. 335, ч. 2 ст. 390, ч. 2 ст. 408 ЦПК України; підпункт 4.6 п. 4 гл. 1 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України; частини 1, 3 ст. 19 Закону України «Про виконавче провадження» тощо), які не можуть асоціюватися з вузьким змістом терміна «доказування». Так, у ч. 3 ст. 8 ЦПК України передбачено, якщо у суду виникне сумнів щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції

України, він має звернутися до Верховного Суду України, а останній – до Конституційного Суду України. Такий правовий результат розумової діяльності суду має відтворюватися у зверненні до Верховного Суду України, а останнього – у зверненні до Конституційного Суду України та ґрунтуватися на доводах, аргументах, а не на сумнівах, що права осіб, які беруть участь у справі, порушуються неконституційним законом. Отже, положення про доведення почали з'являтися у процесуальних кодексах, тому їх потрібно систематизувати, встановити специфічні ознаки розумової діяльності суб'єктів процесуальних відносин та сформулювати певні теоретичні концепції.

1.3. Визначено, що в сучасних нормах законодавства досить часто суперечливо і неадекватно застосовується термінологія: «доказ», «довід», «доказування», «доведення», «міркування», «заперечення», «зауваження», «мотив», «репліка» тощо, зміст яких не розкрито, а це на практиці унеможливує належне користування відповідними правами, які з цими термінами безпосередньо пов'язані, та звільняє від виконання обов'язків. Нині потребується введення до понятійного апарату процесуальних галузей права таких термінів, як «доводи», «доведення» з відповідним значенням і конкретним змістом, про що свідчить відповідний напрям у сфері наукових досліджень (УДК 347.949 «Обов'язковість доведення доказів»).

1.4. Обґрунтовано, що юрисдикційними передумовами широкого запровадження процесу доведення в цивільничий процес має стати переорієнтація суспільних відносин, коли розширення компетенції нотаріусів буде здійснюватися за вимогою клієнтів за відсутності заборон у нормах законодавства та суперечностей з правами та інтересами інших осіб. У рішеннях судів мають міститися відомості про докази і доводи сторін, а мотивувальна частина рішення повинна адекватно відобразити мотиви суду і узгоджуватися з резолютивною частиною рішення. У виконавчому ж провадженні діяльність державних, приватних виконавців має бути чітко регламентовано законом, щоб застерегти випадки зловживання правом на застосування безпосередніх примусових заходів тощо. Тому принцип верховенства права має стати орієнтиром насамперед для нотаріусів і суддів.

2. Встановлено, що доказування є невід'ємним елементом більш ширшого процесу – доведення у цивільничому процесі (нотаріальному, цивільному і виконавчому процесах), які, своєю чергою, є базовими елементами правової системи держави, покликаними гарантувати і забезпечувати охорону, захист відновлення прав, свобод та інтересів фізичних, юридичних осіб і держави. Сучасна реформа правоохоронних органів зумовлена істотними недоліками

в діяльності нотаріусів, суддів і виконавців, але їх не можна усунути лише за рахунок зміни кадрового складу. Тому нині потребується комплексний перегляд повноважень зазначених осіб з урахуванням специфіки їх діяльності, що дозволить сфокусувати увагу на причинах виникнення проблем та запропонувати конкретні способи їх вирішення.

2.1. Запропоновано розглядати процес доведення в цивільничому процесі, в якому мають узгоджуватися положення близьких за змістом комплексних галузей цивільничої процесуальної науки (нотаріальний, цивільний, виконавчий процес), в основі яких лежить діяльність осіб, уповноважених державою на реалізацію правоохоронної та правозахисної функцій, що має визначитися завданнями і специфікою регламентації процедур, де мають бути враховані характерні риси розумової діяльності нотаріусів, суддів, виконавців, які об'єктивно зумовлені виконуваними ними завданнями, їх правовим статусом та відповідними повноваженнями вказаних суб'єктів. Проведення порівняльного системного аналізу сфер розумової діяльності суддів, нотаріусів, виконавців щодо встановлення певних юридичних обставин на основі різних за характером і змістом відомостей про події, дії, стан дасть можливість конкретизувати їх повноваження. Тільки належна кваліфікація розумової діяльності уповноважених суб'єктів дасть змогу встановити вимоги, які мають висуватися до кандидатів на вказані посади, випадки перевищення наданих їм повноважень, умисних або неумисних правопорушень, зловживання правом тощо.

2.2. Обґрунтовано, що саме у межах цивільничого процесу виявляється конкретна ситуація його складових, яка починається з охорони безспірних прав (інтересів, свобод), встановлення фактів, що мають юридичне значення, та вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної достовірності, яка набувається і забезпечується у нотаріальному процесі (досудова безспірна юрисдикція), та які можуть бути захищені в разі їх порушення, невизнання або оспорювання в цивільному судочинстві (судова юрисдикція) та/або відновлені у виконавчому процесі (постсудова юрисдикція). Водночас специфічний характер доведення як одного з найважливіших процесів встановлення юридичних обставин властивий кожній складовій цивільничого процесу, що підтверджує їх взаємозв'язки та потребу у виробленні універсальної моделі процесу доведення з диференціацією винятків, характерних для кожного компонента такого процесуального утворення.

3. З метою правильного розуміння сутності поняття «доведення» в цивільничому процесі встановлено його характерні ознаки, які дають можливість відмежувати його від суміжних категорій – доказування. Дове-

дено, що навіть з точки зору лексики поняття «доказування» походить від слова «доказ», який є його коренем, а термін «доведення» – який є словом «довід». Ці терміни мають самостійне як лексичне, так і правове значення, а також передбачають різний характер процесуальної діяльності їх суб'єктів.

3.1. Розкрито сутність поняття «докази» через такі характерні риси, які: 1) зміст доказу – інформація про події, дії, стан, яка міститься у певних носіях та необхідна для встановлення юридичних обставин цивільної справи, вчинення нотаріального і виконавчого провадження та має значення для них; 2) доказ має процесуальну форму, яка зумовлена об'єктом, що має як матеріальну (речові докази), так і нематеріальну (суб'єктивну) природу (показання свідка, висновок експерта) з урахуванням норм законодавства, які регламентують їх специфіку (продукти та інші речові докази, що швидко псуються тощо); 3) мета використання доказу, як правило, є суб'єктивною, оскільки кожний учасник процесу відстоює власні інтереси і бажає досягти відповідної матеріальної і процесуальної мети; 4) процесуальні властивості доказу – передбачений законом певний порядок його подання суду, нотаріусу, виконавцеві, його дослідження, збереження тощо з урахуванням специфіки засобу доказування і віднесення його до певної категорії доказів; 5) характер доказу, як правило, сталий, оскільки за своєю суттю доказова інформація про події, дії, стан може досліджуватися через відносно значний проміжок часу та необмежену кількість раз (повторна, додаткова експертиза); 6) у цивільному процесі для встановлення наявності або відсутності необхідної юридичної обставини здійснюється цілий комплекс дій з доказами, у передбаченому цивільним процесуальним, нотаріальним процесуальним та виконавчим процесуальним законодавством порядку (подання доказів, їх витребування та забезпечення, зокрема, привід свідка, тимчасове вилучення доказів для дослідження судом тощо) з урахуванням встановлених у законодавстві обмежень; 7) вірогідне встановлення юридичних обставин у цивільній справі, під час вчинення нотаріального та виконавчого провадження і підтвердження їх особами, які беруть у них участь, здійснюється як на підставі дослідження, аналізу, оцінки доказової інформації з кожного окремого доказу, так і в їх сукупності; 8) сприйняття доказової інформації учасниками процесу відбувається по-різному, зокрема, пересічними громадянами на рівні відчуття, а фахівцями – шляхом глибокого правового аналізу, в основі якого має місце зіставлення доказової інформації з різних доказів між собою та з предметом доведення. Саме це положення дає підстави відокремити процес доказування від процесу доведення як розумової діяльності з оцінки доказів (більш широке поняття).

3.2. Дано авторське визначення поняття «доказ у цивільному процесі», під яким слід розуміти носій інформації (об'єкт чи суб'єкт), який зафіксував інформацію про юридичні обставини, що входять до предмета доведення в цивільній справі, нотаріальному і виконавчому провадженні, який має матеріальну природу та процесуальну форму, та передбачені нотаріальним, цивільним і виконавчим процесуальними законодавствами особливості подання, прийняття, залучення і використання у межах складових цивільного процесу (отримання, забезпечення, дослідження тощо), які у сукупності складають процес доказування. Доказ за своєю іманентною природою має містити інформацію про обставини дійсності, але на момент їх подання та розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження буває неможливо встановити дійсність і достовірність доказової інформації, яка тим чи іншим чином «зчитується» з доказу, включаючи найбільш складні випадки, коли для зняття доказової інформації з доказу призначається експертиза, а у разі виникнення сумніву в достовірності або повноті висновку експерта може призначатися повторна або додаткова експертиза. Отже, в таких і подібних випадках особа може помилятися в об'єктивності доказової інформації чи навмисно зловживати своїм правом на доказування під час реалізації, захисту чи відновлення власних прав. Тому тільки за умови відсутності заперечень з боку інших учасників щодо достовірності інформації, отриманої з такого доказу, можна вважати її достовірною. В усіх інших випадках доказова інформація підлягає перевірці учасниками процесу доведення, включаючи допит свідка, коли в змісті запитань до свідка можуть закладатися відомості, що мають виявити неправдиві показання тощо.

3.3. Обґрунтовано, що процес доведення відрізняється від доказування як суб'єктивним складом, так і обсягом тих обставин, на які він може бути спрямований. Сучасне змагальне цивільне судочинство передбачає активну позицію сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, щодо з'ясування всіх важливих обставин у справі, тому процес доведення може стосуватися і включати не тільки доказування юридичних обставин цивільної справи, а й спрямовуватися на доведення необхідності вчинення тих чи інших процесуальних дій, включаючи відвід судді або всього складу суду тощо.

3.4. Суб'єкти процесу доведення в цивільному процесі збігаються із суб'єктами, які вправі брати участь у процесі доказування, і визначені у ст. 26 ЦПК України як особи, які беруть участь у справі. Крім того, до суб'єктів доведення слід віднести також суд, який розглядає справу або скаргу та зобов'язаний мотивувати власне рішення. На цій підставі з ЦПК України мають бути виключені

положення, які зумовлюють участь у процесі доведення інших осіб (зокрема ч. 12 ст. 180 ЦПК України, де передбачається з'ясувати «думку» свідків з приводу розходження їх показань, оскільки це мають робити лише суб'єкти доведення, адже свідки мають інформувати суд лише про те, що їм відомо у справі, тощо, а не висловлювати власні міркування). Водночас нотаріус і виконавець також є суб'єктами доказування та доведення нарівні з особами, які беруть участь у нотаріальному, виконавчому провадженнях, але віднесення їх до таких зумовлюється або певними видами проваджень, або прямими вказівками закону.

3.5. Запропоновано, з огляду на специфіку доведення у цивільному процесі, необхідність проведення кваліфікації доказової інформації у кожній справі, провадженні за такими ознаками:

- сторони та інші суб'єкти доведення аргументують переваги доказової інформації, отриманої з власних доказів, над інформацією з доказів іншої сторони. Переважною вірогідністю має наділятися та інформація, на підтвердження якої було висунуто найбільш ґрунтовні аргументи та відповідні докази, які не викликають сумніву в достовірності збереженої в них інформації;

- уповноважений суб'єкт (нотаріус, суддя, виконавець), аналізуючи наведену інформацію, отриману з доказів, та, в необхідних випадках, досліджуючи безпосередньо джерело такої інформації, має безумовно брати до уваги загальні принципи оцінки доказів за належністю і допустимістю, а також на свій розсуд – доводи суб'єктів доведення, які можуть стосуватися інших критеріїв класифікації доказів (особисті й предметні, первісні й похідні, прями й непрямі), але він не може приймати остаточного рішення до усунення прямих протиріч у доказовій інформації;

- загальне правило цивільного права щодо неофіційних переваг письмових доказів над показаннями свідків, а нотаріально посвідчених документів над письмовими доказами може застосовуватися у цивільному процесі, але з певним застереженням і врахуванням предмета доказування, оскільки у разі визнання нотаріально посвідчених договорів недійсними мають на рівних враховуватися і письмові докази, і показання свідків тощо;

- правильною має вважатися позиція уповноваженої особи щодо сприйняття і застосування доказової інформації під час ухвалення остаточного рішення, якщо у ньому вмотивовано дотримання вимог законодавства, враховано аргументи всіх суб'єктів доведення, а також обґрунтовано переваги доказової інформації, яку було покладено в основу рішення. Зокрема, досвід розвинених зарубіжних країн вказує на можливість врахування переваг одних доказів над іншими

(США, Німеччина та ін.), так само і в Україні можна довести, що висновок судового експерта слід вважати таким, що має більше правове значення, ніж висновок іншого експерта (оцінщика), зроблений на підставі цивільно-правової угоди з однією зі сторін спору, оскільки достовірність першого висновку гарантується притягненням до кримінальної відповідальності експерта і така позиція судді, згідно зі ст. 212 ЦПК, може розцінюватися обґрунтованою.

3.6. Сформульовано зміст поняття «доводи в цивільному процесі» через їх характерні риси: 1) змістом доводів є судження осіб, які беруть участь у цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженні про події, дії, стан, які можуть містити інформацію й про інші обставини справи або провадження, які мають значення для правильного їх вирішення чи вчинення, зокрема стосуються суджень інших учасників цивільної справи чи нотаріального, виконавчого провадження; 2) створюються лише за допомогою людської свідомості та залежать від суб'єктивних факторів, зокрема процесуального статусу суб'єкта, його юридичної кваліфікації тощо; 3) вони мають правове значення тільки в разі їх належного висловлення, тобто у встановленому процесуальним законом порядку, зокрема під час вчинення процесуальних дій уповноваженою особою і після надання права на пояснення, після постановки запитань, у порядку обміну репліками тощо, виді (теза, аргумент) та процесуальній формі (усна, письмова); 4) допустимим вираженням (показником) волі відповідного суб'єкта у межах складових цивільного процесу слід вважати міркування, коли вони висловлюються свідомо, тобто особі забезпечене право на правову допомогу і вона здатна, незважаючи на складність розглядуваних питань, адекватно ситуації сприймати і висловлювати свої доводи, здійснюється переклад інформації мовою, яку вона розуміє, висловлювання відбувається без будь-якого примусу тощо; 5) характеризуються рухливістю, мінливістю, оскільки пов'язані з невпинністю розумової діяльності, різних прийомів і технік побудови їх видів, а також зумовлюються стадією розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження, правовою позицією протилежної сторони тощо; 6) в якійсь значенні можуть бути лише суб'єктивними аргументами (тезою, припущенням тощо), які відповідають певній процесуальній ролі учасника цивільної справи, нотаріального, виконавчого провадження, що дає можливість і певною мірою зобов'язує сторону з протилежними інтересами у справі критично їх сприймати і висувати свої контртези, контраргументи тощо; 7) створюються та оприлюднюються задля переконання в істинності власних суджень, спростуванні суджень опонента і досягнення певних процесуальних наслідків;

3.7. Сформульовано авторське визначення поняття «доводи в цивільному процесі», під якими слід розуміти судження осіб, які беруть участь у цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженні, виражені у встановленому процесуальному виді (тези, аргументи) і створені та оприлюднені в допустимій процесуальній формі задля переконання в істинності власного судження, спростуванні суджень інших осіб, які беруть участь у цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженні, та досягненні певних процесуальних наслідків.

3.8. Визначено, що у процесуальному значенні тезою слід вважати такий вид доводів, який не потребує підтвердження доказами, який і може бути сформований у будь-який момент доведення у межах складових цивільного процесу. Водночас певна правова теза має бути належно кваліфікована опонентом і знайти оцінку з його боку, оскільки відсутність адекватної реакції з боку опонента у змагальному процесі означає її визнання. Тому протилежна сторона вправі спростувати її або вимагати підтвердження доказами. Своєю чергою, аргументами у межах складових цивільного процесу є підтверджені доказами, залученими в межах розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження, види доводів, що надає їм найбільшої вірогідності та створює труднощі щодо їх спростування у інших осіб, які беруть у них участь.

3.9. Обґрунтовано, що для досягнення найбільш ефективних і бажаних для особи результатів розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження доцільним є здійснення представництва компетентною особою – адвокатом або юристом, дії яких у межах складових цивільного процесу мають відрізнятися від тих дій, які вчиняють пересічні громадяни, оскільки для отримання позитивних процесуальних наслідків необхідні знання та навички, постійне підвищення кваліфікації. Так, доводи, які адвокат створює та оприлюднює в межах своєї професійної діяльності, переважно повинні мати вид аргументів задля надання їм більшої переконливості, тобто доведення має бути кваліфікованим. Натомість доводи осіб, які беруть участь у справі, у більшості випадків можуть бути висловлені у вигляді «емоційних» тез, і таке доведення буде простим і не завжди компетентним.

3.10. Доведено, що процеси, пов'язані з категоріями «доказ» чи «довід», насамперед уособлюють здійснення певної діяльності щодо розкриття суті їх ключового елемента. Водночас як понятійно, так і емпірично обидва явища залучаються в процесуальну діяльність відповідних суб'єктів і у сукупності всі дії навколо доказів та доводів мають кваліфікуватися, відповідно, як процес доказування та доведення, які орієнтовані на досягнення певних процесуальних і матеріальних

результатів. Незважаючи на формальну схожість цих процесів, справжній їх зміст, а тим більше наслідки є зовсім різними, оскільки досить часто вони конкурують між собою через те, що в деяких правових ситуаціях домінують безспірні та встановлені законом докази для підтвердження існування певних юридичних обставин і доводи в такій ситуації зайві. Зокрема, свідоцтво про реєстрацію шлюбу доводить відповідний факт, і тут доводи безсилі, але для спростування самого факту дійсності шлюбу можуть бути наведені аргументи, які ставлять під сумнів або волю особи на його укладення, або дійсність процедури його реєстрації тощо. Умовно розмежовувати доказування і доведення слід за характером дій, які здійснюються: якщо дії умовно механічні, пов'язані із залученням доказів у складові цивільного процесу, то тоді маємо справу з першою категорією, а якщо ж дії розумові, ґрунтовані на ментальних операціях суб'єктів доведення щодо сутності доказів, доводів, у такому разі маємо справу з другою категорією.

4. Обґрунтовано, що з урахуванням складної, різномірної, динамічної природи цивільного процесу доведення слід розглядати у широкому або вузькому значенні, об'єктивному чи суб'єктивному сприйнятті.

4.1. Запропоновано виділяти в цивільному процесі за критеріями допустимості чи відсутності в певному провадженні такого елемента доказової діяльності, як доведення, широкого його застосування чи обмеженого, можливості суб'єктів висловлювати власну правову позицію у справі або кваліфікувати такі їх дії як недопустимі. З урахуванням таких критеріїв можна визначити ієрархію доведення: на перше місце за широтою доведення слід поставити позовне провадження цивільного процесу як найбільш універсальну процедуру, де процес доведення – це основа професійної діяльності суб'єктів. Недопустимість доведення (в широких межах) констатується в наказному провадженні, а в окремому – має істотне обмеження, оскільки в таких справах може існувати спір про факт (процесуальний спір), а в разі виникнення спору про право та обов'язки (матеріальний спір) заява має залишатися без розгляду (статті 100, 235 ЦПК України) та/або такий спір підлягатиме розгляду в порядку позовного провадження тощо; на другому місці має бути нотаріальний процес, оскільки нотаріус не лише вчиняє нотаріальні дії, а й надає рекомендації щодо вибору особою найліпшого способу реалізації її власних прав, пропонує сторонам умови договору тощо. Обмеженнями за своєю суттю в контексті доведення мають бути процесуальні дії виконавця, який не може вступати зі сторонами в дискусію. Він має виконати загальнообов'язкове рішення суду, керуючись тільки законом. Така ієрархія доведення в цивільному, нотаріаль-

ному та виконавчому процесам дасть змогу вдосконалювати законодавство та більш детально регламентувати права і обов'язки суб'єктів цивільного процесу.

4.2. Обґрунтовано, що у разі широкого сприйняття процесу доведення доцільно розщепити його на дві складові – доводити свої вимоги та одночасно спростовувати доводи опонента або його правову позицію в цілому, що дасть змогу за принципом змагальності визначати перемогу тієї чи іншої сторони за елементарними поняттями: теза – контртеза, аргумент – контраргумент, а не за кількістю сказаних стороною слів. У широкому розумінні доведення можна розглядати у двох видах: 1) доведення – система дій щодо підтвердження власних доводів, обставин цивільної справи, нотаріального, виконавчого провадження та правової позиції в цілому; 2) доведення у вигляді спростування – повна або часткова незгода зі складовими доведення сторони з протилежними інтересами, яка виявляється в комплексі дій з їх дезавування. Отже, для правильного сприйняття і застосування на практиці процесу доведення необхідне не лише ґрунтовне оволодіння знаннями щодо дійсної сутності доведення з урахуванням різних його виявів, а й дослідження специфіки такого доведення залежно від статусу, який має особа в конкретній цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженні, отож можна виділити новий термін, який охоплює різні види доведення – «аргументування». Тобто, виділяючи такий термін або подібні, доцільно дати суду можливість з'ясувати наявність у сторони контрдоводів проти наведених раніше іншою стороною доводів.

4.3. Аргументовано, що під час практичного сприйняття процесу доведення в реальних справах слід враховувати, що доводи можуть бути дуже тісно переплетені між собою, оскільки, в цілому обстоючи свою позицію, та сама особа спростовує позицію іншої сторони, і навпаки. Тому доводи можуть бути одиночними, а також утворювати систему. Зокрема, під час виступу в дебатах кожна сторона має висловити свою остаточну позицію і надати оцінку правовій позиції опонента загалом, кожному його доводу та доказу. Враховуючи різні варіанти процесуальної поведінки осіб, які беруть участь у справі, нотаріальному, виконавчому провадженні (визнання позову, відсутність заперечень у сторони договору в разі його нотаріального посвідчення, добровільне виконання боржником виконавчого документа тощо), та особливу правову природу окремих видів проваджень у складових цивільного процесу (наприклад, окреме в порядку цивільного судочинства, основною ознакою якого є відсутність спору про право цивільне), можна говорити про доведення у вузькому значенні, охоплюючи його в цілому терміном «аргументування».

4.4. Обґрунтовано, що процес доведення слід також сприймати із властивими йому як суб'єктивними, так і об'єктивними чинниками. У суб'єктивному розумінні такий процес детермінується виключно людським чинником із притаманними процедурами генерування його складових елементів, механізмів їх відтворення з характерними ознаками. Так, сучасна роль суду в цивільному процесі традиційно визначається відсутністю активної поведінки. Отже, позиція суду має зводитися до безстороннього аналізу доводів сторін і оцінки їх законності й обґрунтованості, що має відобразитися в мотивувальній частині рішення, де суд так само має мотивувати, а точніше, довести законність і обґрунтованість власних висновків, які вплинули на остаточне рішення. Об'єктивний чинник оцінки процесу доведення закладено в апеляційному та касаційному провадженні, у яких справу має розглядати колегіальний склад суду. Проте тут закладено і великий суб'єктивний чинник через те, що справу готує один суддя-доповідач, який і пропонує іншим суддям власний варіант вирішення справи, а в касаційному провадженні, як правило, судді позбавлені реальної можливості почути доводи обох сторін, що негативно позначається на об'єктивності в процесі доведення.

5. Обґрунтовано, що доведення як система механічних (доказування) та розумових (включаючи й оціночних) дій суб'єктів цивільної справи, нотаріального, виконавчого провадження щодо його складових (доказів, обставин, доводів тощо) з притаманними їм взаємозв'язками та відносинами між собою дає змогу у своїй основі виділити такі підсистеми: формальну, ментальну, підсумкову, остаточну і перевірочну.

5.1. Всі складові доведення по-своєму виявляються у межах відповідних етапів і стадій кожного окремого компонента цивільного процесу. Зокрема, в цивільному процесі визначено процедуру, відповідно до якої кожна зі сторін вправі висловити свої доводи у визначений час і щодо певних питань розгляду справи.

5.2. Первинною підсистемою є формальна (процес доказування), адже саме на підставі зібраних та практично і аналітично досліджених доказів можна відшукати відомості, які будуть вірогідно відображати дійсні обставини цивільної справи, нотаріального, виконавчого провадження. Її частини – збирання, забезпечення і подання доказів нотаріусу, суду, виконавцеві в межах компонентів цивільного процесу – мають відповідати нормативно закріпленим діям суб'єктів нотаріального, цивільного, виконавчого процесів, їх провадженням, стадіям з дотриманням порядку, встановленого чинним нотаріальним процесуальним, цивільним процесуальним та виконавчим процесуальним законодавством. Термін «формальна» автор

вживає з певними застереженнями, оскільки в межах механічних (машинальних) дій застосовуються окремі елементи розумової діяльності та навпаки. Нарівні з цим такий симбіоз є цілком обґрунтованим, адже всі ці дії, незважаючи на їх різний характер, є компонентами монолітної і послідовної системи. Для цієї підсистеми характерні такі елементи, як механічні дії, пов'язані з втіленням розумових напрацювань у реальні дії, відповідно до вимог законодавства, зокрема шляхом своєчасного подання заяв, доказів у відповідній формі. В іншому випадку, згідно з ч. 2 ст. 131 ЦПК України, друга сторона може доводити, що докази подано несвоєчасно без поважних причин. Недотримання формальних вимог може позбавляти доказову інформацію правового значення. Зокрема, не можна брати до уваги показання свідка, якому належно не повідомили про кримінальну відповідальність тощо.

5.3. Ментальна підсистема включає в себе процедури дослідження доказів та їх аналіз, які є її частинами і одночасно елементами доведення. Своєю чергою, першій частині відповідають усі дії з дослідження доказів за допомогою встановлених способів, які, наприклад, у порядку цивільного судочинства вчиняються на такій стадії судового розгляду справи, як судове слідство (ст. 179 ЦПК України). Друга ж частина підсистеми дає змогу проаналізувати інформацію, яка стала відома в результаті застосування різних способів дослідження доказів, заради формування нових доводів (тез, аргументів) чи модифікації наявних. У межах цієї підсистеми підлягають застосуванню специфічні елементи системи доведення, системне сприйняття інформації, коли кожному доказу надається окрема оцінка, а потім отримані щодо кожного з них відомості зіставляються на предмет суперечності тощо. Можна стверджувати, що відносно новий напрям сучасних досліджень у цивільному процесі, присвячений аналізу презумпцій і фікцій, також свідчить про великі обсяги розумової діяльності з підтвердження тих чи інших обставин та має передбачати застосування доводів.

5.4. Підсумкова підсистема доведення (оцінка доказів, доводів) є системою розумових дій, що здійснюються за результатами всебічного і ґрунтовного аналізу процесу доведення та відповідає такій процесуальній дії, наслідками якої є формування мотивів (доводів) уповноваженими суб'єктами в ході розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження. Хоча процесуальним законодавством і не встановлено можливості здійснення оцінки суб'єктами доведення, однак і брак прямих заборон щодо таких дій дає змогу особам, які беруть участь у складових цивільного процесу, здійснювати неофіційну оцінку доказів, доводів. Так, у цивільному судочинстві

критичну оцінку сторонами всіх матеріалів справи передбачено робити на такій стадії судового розгляду справи, як судові дебати. Оцінка може включати в себе як проміжні, так і остаточні результати здійснення процесу доведення. Без такого розуміння не можна професійно вести процесуальну дискусію, зокрема сприйняти таке право сторони, як обмін репліками, коли на остаточні аргументи (доводи) протилежної сторони супротивник має відреагувати контраргументами.

5.5. Перевірочна підсистема виявляється в тому, що кожен суд, починаючи з суду першої інстанції і до Верховного Суду України, під час ухвалення та проголошення судового рішення має надавати оцінку вищезазначеним матеріалам справи і, зокрема, довести, що його рішення є законним і обґрунтованим, адже кожне рішення суду України може бути переглянуте судами вищих інстанцій чи Європейським судом з прав людини. До того ж перегляд рішень судів, актів нотаріусів, дій і рішень виконавців кардинально змінює процес доведення, оскільки, зокрема, для перегляду рішення суду потрібно змінити спрямованість доведення з матеріально-правової вимоги на виявлення та підтвердження неправомірності дій суду, рішення якого переглядається, або самого рішення як такого. Те саме стосується перегляду дій та актів нотаріусів і виконавців, які, на відміну від суддів нижчих інстанцій, мають роз'яснити свої дії та прийняте ними рішення або керівникам, або особам, органам вищого рівня або суду. Усі підсистеми як складові системи доведення постійно корелюють між собою, взаємозумовлюючи перехід одного характеру дій в інші. На підставі формальної, ментальної підсистем суб'єкт оцінки надає або проміжний висновок щодо ходу розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження (ухвала про забезпечення доказів, постановова виконавця про відкриття виконавчого провадження, відкладення вчинення нотаріальної дії), або висновок про прийняття резолютивних актів чи вчинення відповідних дій (ухвалення рішення про задоволення чи відмову в задоволенні позову, поновлення стягувача на роботі, посвідчення доручення нотаріусом тощо).

дістали подальшого розвитку:

6. Наукові концепції вченого-процесуаліста С. Я. Фурси щодо:

- розмежування процесів доказування та доведення, що дало змогу не лише ґрунтовно дослідити зміст таких юридичних категорій, а й сформулювати теорію доведення з притаманними їй компонентами для цивільного процесу, істотно збагатити й удосконалити понятійний апарат тощо;

- виокремлення з-поміж наявних засобів доказування нового їх виду, а саме електронних доказів шляхом закріплення більш широкого їх сприйняття у формі інформацій-

но-технологічних засобів доказування, враховуючи новітні засоби фіксації інформації. З огляду на способи отримання електронної доказової інформації, визначено небезпеку широкого доступу до фіксації прав власності та речових прав від імені держави, оскільки в подальшому така інформація набуває офіційного статусу і буде використовуватися нотаріусами та іншими особами як достовірна;

– необхідності закріплення у законах України «Про нотаріат» і «Про виконавче провадження» норм, які визначали б право осіб на звернення до нотаріуса, виконавця положенням про право на доведення власної позиції, що дало змогу автору не лише виокремити специфічні риси такого звернення у межах складових цивільного процесу, а й сформулювати конкретні правові норми.

У **Висновках** визначено науково обґрунтований спосіб досягнення в цивільному процесі нового рівня, що кваліфікується як верховенство права і передбачає можливість не тільки доказування законних вимог, а й доведення верховенства прав людини над законом, коли останній має негативний вплив на відповідні права. Теоретичне вирішення наукової проблеми полягає у запровадженні в галузі права, які об'єднані в цивільному процесі, нового інституту – доведення. Це дозволяє не тільки розширити понятійний апарат досліджуваного явища, а й удосконалити і конкретизувати правовідносини, встановити критерії розумової діяльності суб'єктів цивільного процесу та зумовити її результати. Передбачувані наслідки впровадження концепцій автора – це поліпшення якості діяльності суддів, нотаріусів, виконавців, що має привести до кращої охорони і захисту прав фізичних і юридичних осіб шляхом застереження зловживань правом, необґрунтованої відмови у реалізації, охороні, захисті чи відновленні гарантованих осіб правомочностей тощо.

Проведене дисертантом дослідження дало змогу сформулювати цілу низку висновків, основними з яких, окрім винесених на захист, можна визначити такі:

1. Корелюючими з процесом доказування компонентами у межах складових цивільного процесу є: обставини, докази, доводи, суб'єкти, мета участі у справі, лише у разі системного використання яких можна вести мову про ефективне здійснення доказування і доведення. Перехід же від процесу доказування до процесу доведення визначається залежно від виконання комплексу дій, що входять до певних частин формальної підсистеми, хоча ідеальної моделі розмежування підсистем доведення можна досягнути лише доктринально, адже окремі елементи розумової діяльності можуть виявлятися під час здійснення процесу доказування, і, навпаки, під час доведення може з'явитися необхідність вчинити певні механічні дії, що

входять до складу доказування. Та й залежно від тієї чи іншої підсистеми відбувається трансформація суб'єктів доказування у суб'єктів доведення і, звісно, не лише переорієнтація їх діяльності, а й суттєва зміна підходів і методик до її здійснення.

2. Визнання доказування формальною підсистемою доведення зумовлює залежність предмета доказування від предмета доведення для досягнення найбільш сприятливого результату розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження для осіб, які беруть у них участь. Тож і їх основні відмінності полягатимуть у характері дій, на які спрямована діяльність їх учасників. Тобто предмет доказування і предмет доведення співвідносяться як частина і ціле.

Своєю чергою, предметом доказування в цивільному процесі є сукупність юридичних обставин, з якими закон пов'язує виникнення матеріальних і процесуальних прав та обов'язків, а також процесуальних прав та обов'язків щодо їх доказування, які утворюють умовну систему в кожній конкретній справі й зумовлюють необхідність вибору доказів на підтвердження їх існування чи спростування. Таке загальне положення зумовлює необхідність визначення правил щодо компетенції з визначення предмета доказування, залучення доказів у межах складових цивільного процесу згідно з правилами відповідності, допустимості, забезпечення та подання суб'єктами доказування у порядку, встановленому чинним нотаріальним процесуальним, цивільним процесуальним, виконавчим процесуальним законодавством, нотаріусу, суду, виконавцеві з урахуванням позиції іншої сторони тощо. Предметом же доведення є не тільки предмет доказування, а й сукупність усіх процесуальних дій, актів, доказів, навіть поведінка та слова осіб, які беруть участь у процесі, можуть стати передумовою для подальших висновків, коли суб'єкт доведення вважає за необхідне надати правову кваліфікацію певним явищам, зокрема щодо упередженості судді, суперечності в показаннях свідків та доводів, на підставі яких сторона обґрунтовує наявність чи відсутності обставин тощо.

3. Доктринальні дослідження процесу доведення мають здійснюватися з урахуванням надбань філософії, логіки та інших галузей знань, а також специфіки цивільного процесу, який базується на нормах матеріального права, але має власний предмет – реалізацію, охорону, захист і відновлення прав, свобод та інтересів осіб уповноваженими суб'єктами, що дає змогу сформулювати філософію цивільного процесу з акцентом на моральності процесу доведення та неможливості використання недозволених методів і прийомів задля досягнення неправомірної мети.

4. У межах компонентів цивільного процесу логічна структура доведення (тези,

аргументи та демонстрація) і, відповідно, структура його спростування може підлягати практичному застосуванню, але з певними процесуальними особливостями. Сутністю структури доведення є представлення всіх його складових перед суб'єктами цивільної справи, нотаріального, виконавчого провадження з певним акцентом на ту особу, яка прийматиме остаточне рішення про задоволення вимог чи заперечень, вчинення дії або про відмову в її вчиненні. Досить часто у праві дуже складно визначити дійсні наміри сторін, якщо не аналізувати їх дії в сукупності й не визначати напрями інтересів, оскільки сам процес доведення може спиратися на стратегічні завдання і тактичні розрахунки. Ключові засади таких напрямів складають стратегію, підпорядковану основній меті, а тактичні завдання можуть спиратися на досягнення певних цілей, що диктує різні види доведення, як підтвердження виробленої тактичної або стратегічної позиції. Досить часто спростування орієнтоване на усунення тактичних успіхів процесуального супротивника, тому такий супротив наближує досягнення певної мети.

5. Взаємозв'язок доведення та правової позиції у справі багаторівневий, оскільки вони взаємозалежні. Під позицією у цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженнях (правовою позицією у цивільному процесі) слід розуміти бажану матеріальну мету та комплекс процесуальних дій, зокрема у процесі доведення, що здійснюються особою, яка бере участь у цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженнях, спрямованих на формування в уповноваженого суб'єкта з їх розгляду, вчинення внутрішнього переконання щодо відповідності її вимог, заперечень, доводів обставинам такої справи, провадження, підтвердження їх належними, допустимими, достовірними і достатніми релятивними доказами для отримання бажаного результату розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження. Отже, правова позиція особи в ідеальній моделі має спиратися на широке, повне й адекватне доведення власних вимог перед нотаріусом, судом чи виконавцем, включаючи їх нормативне обґрунтування, незважаючи на те, що саме до їх повноважень належить кваліфікація правовідносин відповідно до норм законодавства. Широким доведенням можна вважати багатоконтурне доведення, коли право, якщо змога, підтверджується з кількох напрямів і посилення робляться не на одну норму закону, а наводяться всі пов'язані з цими правовідносинами норми, що підтверджують відповідні права. Повним доведенням слід вважати таке, коли всі юридичні обставини підтверджуються належними, допустимими, достовірними і достатніми доказами та враховуються на етапі формування правової позиції ви-

словлені та передбачувані заперечення. Під адекватністю доведення, своєю чергою, слід розуміти здатність швидко знайти аргументи на тези опонента й, відповідно, контраргументи на його аргументи та відреагувати відповідно до остаточної мети, з можливим уточненням правової позиції.

6. Критерій доведеності правової позиції особами, які беруть участь у цивільній справі, нотаріальному, виконавчому провадженні безпосередньо пов'язаний із сутністю критерію вмотивованості, який у межах складових цивільного процесу буде відображатись у мотивах, які уповноважені суб'єкти (нотаріуси, судді (суд), виконавці) наведуть на обґрунтування прийняття своїх актів, вчинення юридично значимих дій. Усі акти, які приймають уповноважені суб'єкти з розгляду цивільної справи, вчинення нотаріального, виконавчого провадження у межах наданих їм повноважень, базуються не лише на їх внутрішньому переконанні, а й мають відповідати встановленим чинним цивільним процесуальним, нотаріальним процесуальним та виконавчим процесуальним законодавством вимогам, які слід розподіляти за трьома критеріями: нормативний, формалізований і розумовий. Зокрема, під внутрішнім переконанням уповноваженого державою суб'єкта в межах складових цивільного процесу слід вважати виражене у встановленій цивільним процесуальним, нотаріальним процесуальним та виконавчим процесуальним законодавством формі ставлення нотаріуса, судді (суду), виконавця до результатів розгляду цивільної справи, нотаріального, виконавчого провадження або їх окремих частин на підставі оцінки доказів, обставин справи, провадження і доводів осіб, які брали у них участь, щодо їх відповідності обраній позиції у справі або невідповідності останній. Нормативний критерій містить вимоги щодо законності актів, які приймають суди, судді, нотаріуси, виконавці, а саме вони мають відповідати як матеріальним, так і процесуальним положенням, що регулюють відповідні правовідносини. Вимоги щодо обґрунтованості такого акта безпосередньо пов'язані з належними, допустимими, достовірними і достатніми релятивними доказами для підтвердження наявності або відсутності юридичних обставин цивільної справи, нотаріального та виконавчого провадження. Розумовий критерій включає в себе вимоги щодо вмотивованості актів, які приймають відповідні уповноважені суб'єкти (суд, суддя, нотаріус, державний, приватний виконавець).

7. Законодавче закріплення тягаря доведення, системний характер доведення, послідовність і взаємозумовленість структурних елементів такої системи викликає запровадження відповідної комплексної процедури оцінки, яка має включати у себе такі складові, як обставини, докази, доводи, що

зумовлює не лише необхідність їх детальної регламентації, а й термінологічного об'єднання та систематизації.

8. Комплексність теорії доведення в цивільному процесі слід розглядати через сукупність таких двох критеріїв як спільність їх ознак в універсальній теорії доведення та відмінні ознаки, зумовлені особливостями основних завдань, принципів, суб'єктного складу, сукупності прав та обов'язків учасників відповідних юрисдикційних процесів, процедури розгляду окремих видів проваджень тощо. Такий висновок додатково підтверджує концепцію розробки загального судового кодексу, щоб окремими потім лише регулювати особливості конкретних видів юрисдикційних процесів.

Наукові та практичні результати даного дисертаційного дослідження було оприлюд-

нено й апробовано. І їх не тільки не спростували вчені, фахівці в галузі практичної юриспруденції та доказової діяльності, а, навпаки, було підтверджено нагальність і важливість обраної тематики, що свідчить про значний потенціал даної роботи для подальших наукових досліджень зазначеної проблематики і практичного застосування концепцій у законотворчій і практичній діяльності. Водночас запропоновані доктринальні концепції ґрунтуються на сучасному сприйнятті правової системи України та враховують істотні зауваження суспільства до рівня судочинства в Україні, спрямовані на усунення недоліків у діяльності й інших правоохоронних органів, зокрема нотаріаті та органах примусового виконання, що має поліпшити рівень охорони, захисту та відновлення прав громадян, юридичних осіб і держави.

ВИМОГИ ДО ПУБЛІКАЦІЙ

ДО ВІДОМА АВТОРІВ!

«Цивілістична процесуальна думка» – юридичний науково-практичний журнал, заснований у 2015 р. Київським національним університетом імені Тараса Шевченка.

Журнал зареєстрований у Міністерстві юстиції України – Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації – Серія КВ – № 21551–11451 Р.

Журнал «Цивілістична процесуальна думка» виходить чотири рази на рік. Мови публікації статей – українська, російська, англійська.

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів до журналу «Цивілістична процесуальна думка».

Наукові статті мають бути оформлені відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 705/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», мають містити такі необхідні елементи: постановку проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку.

Вимоги до оформлення тексту рукопису

файл з текстом наукової статті має містити:

- відомості про автора (ім'я, по батькові, повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий та мобільний телефон);
- розширене УДК статті;
- стаття обов'язково повинна містити вказівку на номер юридичної наукової спеціальності, по якій вона написана (наприклад, 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право);
- обсяг статті – до 10 сторінок;
- папір формату А4. Параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт – Times new roman, 14 pt; інтервал між рядками – 1,5.
- посилання на джерела необхідно робити по тексту у квадратних дужках із зазначенням номерів сторінок відповідно джерела. Наприклад, [3, с. 234] або [2, с. 35; 8, с. 234];
- список використаних джерел подається наприкінці статті в порядку згадування джерел відповідно до існуючих стандартів бібліографічного опису (див.: стандарт «Бібліографічний запис. Бібліографічний опис» (ДСТУ 7.1:2006 та форма 23, затверджена наказом ВАК України від 29 травня 2007 року № 342);
- стаття обов'язково повинна містити анотації та ключові слова українською, російською та англійською мовами, переклад назви статті на англійську мову. Обсяг анотації – мінімум 3 речення, кількість ключових слів – мінімум 5 слів.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним вище, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

До друку приймаються статті докторів наук, кандидатів наук, молодих науковців (ад'юнктів, аспірантів, здобувачів, студентів), а також інших осіб, які мають вищу освіту та займаються науковою діяльністю. Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей. За достовірність фактів, статистичних даних та іншої інформації відповідальність несе автор. Передрук матеріалів журналу дозволяється тільки з дозволу автора і редакції.

ПОРЯДОК ПОДАННЯ МАТЕРІАЛІВ:

Для опублікування Вашої статті необхідно надіслати електронною поштою до редакції журналу такі матеріали:

1) інформацію про автора (прізвище, ім'я, по батькові автора, місце роботи (навчання), контактний телефон, електронна пошта, поштова адреса для відправлення друкованого примірника журналу автору статті);

2) статтю;

3) сплатити редакційний збір;

4) для осіб, які не мають наукового ступеню, – відскановану рецензію наукового керівника чи рецензію особи, яка має науковий ступінь зі спеціальності, що відповідає предмету дослідження (підпис рецензента повинен бути завірений у відділі кадрів установи або печаткою факультету (інституту));

5) реферат статті англійською мовою (реферат повинен обов'язково містити: назву статті, прізвище та ініціали автора, посаду, місце роботи, короткий зміст статті. Мінімальний обсяг реферату – 200 слів) (відповідно до наказу МОН України № 1111 від 17.10.2012 р. «Про затвердження Порядку формування Переліку наукових фахових видань України»).

Назва файлу повинна відповідати прізвищу автора із вказівкою для довідки про автора – Довідка, для статті – Стаття, рецензії – Рецензія.

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 і адвокатури, **ауд. 265**) і надсилати на електронну пошту: olenaderii12@ukr.net.

Довідки за тел.: 067–263–34–08.

Науково-практичне видання

ЦИВІЛІСТИЧНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ДУМКА

Науково-практичний журнал
№ 5/2016 р.

Відповідальні за випуск:

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

Комп'ютерна верстка *Д. М. Алексєєв*

Підписано до друку 26.12.2016 р. Формат 70x100^{1/16}.
Папір офсетний. Гарнітура «Helios». Друк офсетний.
Умовн.-друк. арк. 7,8
Наклад 300 прим.

Видавництво «Алерта»

04210, м. Київ, а/с 112.

Тел.: (044) 223–15–25, 223–15–30.

E-mail: alerta@ukr.net, веб-сайт: www.alerta.kiev.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 788 від 29.01.2002 р.