

УДК 349.2

**С. В. Щербак**, канд. юрид. наук, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін  
ДВНЗ “Українська академія банківської справи Національного банку України”

## КОНТРАКТУАЛІЗАЦІЯ ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ

*Стаття присвячена дослідженню прояву тенденції контрактуалізації у виконавчому процесі. Розглянуті питання втілення договірних конструкцій в процес виконання, зроблені пропозиції щодо розширення кола угод, пов'язаних з виконавчим процесом, в правовому регулюванні процесу виконання.*

*Ключові слова:* контрактуалізація, процесуальні договори, процесуальні угоди, угоди, пов'язані з виконавчим процесом.

**Постановка проблеми.** Сучасний виконавчий процес та правозастосовча практика в даній сфері мають відповідати викликам часу та розвиватися із урахуванням тих новацій, що відбуваються в процесуальних галузях. Контрактуалізація виконавчого процесу може бути тим інструментарієм, що вносить гнучкість у здійснення державним виконавцем своїх повноважень при проведенні виконавчих дій та стимулює за допомогою приватно-правових засобів індивідуально-правові засади виникнення, змісту та реалізації правовідносин.

**Аналіз останніх досліджень.** У вітчизняній науці цивілістичного процесу дослідження концепції контрактуалізації лише розпочаті, а її прояви у виконавчому процесі ще потребують вивчення.

Проблематиці контрактуалізації у цивілістичному процесі, характеристиці окремих видів процесуальних договорів (угод) присвячені праці М. Брагінського, С. Васильєва, М. Єлісєєва, С. Курочкіна, Л. Кадьє, М. Рожкової, Д. Притики, В. Тертишнікова та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Одним із напрямів сучасного розвитку процесуального законодавства можна вважати конвергенцію як об'єктивний процес проникнення публічного права у сфери приватно-правового регулювання

та навпаки [1], переплетіння їх елементів, проявом чого виступає взаємний вплив цивільного права та процесуальних галузей, в тому числі виконавчого процесу. Безпосередньо в процесі виконання це позначається у застосуванні різного роду договірних конструкцій, що відображає збільшення частки приватно-правових засад в процесуальній сфері.

Розвиток приватно-правових засад в цивілістичному процесі пов'язується із загальносвітовою тенденцією контрактуалізації. Як явище контрактуалізація була започаткована у міжнародному торгівельному обігу. Контрактуалізація – це повне автономне регулювання правовідносин “контрактом без права” (self-contained contract, “lawless contract”). За контрактом визнається, іншими словами, сила самодостатнього джерела права для відносин між сторонами [2, с. 289].

У російському цивільному процесі концепція контрактуалізації була підтримана та розвинута С. Курочкіним [3], що дійшов висновку про позитивність впровадження контрактуалізації в російський арбітражний та цивільний процес, а також визначив, що розумна контрактуалізація є одним із найбільш перспективних напрямків розвитку цивільного процесу, що потребує пильної уваги російського законодавця. Йдеться про те, що жодна держава не стане надавати учасникам правовідносин повного автономного регулювання за допомогою “контрактів без права”,

© С. В. Щербак, 2014

а законодавець може розширити дію диспозитивних засад там, де це виправдано.

Розвиваючи ідею контрактуалізації в Україні, Д. Притика [4, с. 29] зазначає, що тенденція контрактуалізації характерна також для розвитку вітчизняного цивільного, господарського процесу та сфери альтернативного вирішення спорів, оскільки законодавство надає учасникам процесуальних правовідносин право вільно та самостійно укласти угоди (договори), що мають процесуальні наслідки.

Чи існує контрактуалізація у виконавчому процесі, що за своєю природою є публічним, та чи має вона перспективи подальшого розвитку?

З тексту Закону України “Про виконавче провадження” вбачається, що його положення містять переважно імперативні приписи, які не передбачають процесуальних можливостей змінювати його положення за спільною згодою сторін виконавчого процесу, а оперування законодавцем такими термінами, як “примусове виконання рішень”, “органи примусового виконання”, “заходи примусового виконання” призводить до того, що діяльність державного виконавця асоціюється із застосуванням державного примусу, не пропонуючи діалогу між стягувачем та боржником, а також між ними та державним виконавцем.

Побудований виключно на публічних засадах та такий, що діє виключно в публічних інтересах, виконавчий процес не забезпечить цілей, які ставляться перед державною виконавчою службою щодо ефективності вчинення виконавчих дій та захисту прав та інтересів суб’єктів виконавчих процесуальних правовідносин. Тому подальший розвиток виконавчого процесу має здійснюватися у напрямку зміщення акцентів з домінування державної виконавчої служби в бік розширення процесуальних повноважень сторін виконавчого процесу, надавши стягувачеві та боржникові право самостійно вирішувати окремі питання, які виникають у процесі виконання вимог виконавчого документа державним виконавцем.

Отже, контрактуалізація у виконавчому процесі полягає в регулюванні його учасниками відносин, що виникають у зв’язку із здійсненням процесуальної діяльності державного виконавця щодо примусового виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб).

Контрактуалізація спирається на зміщені або метафоричні поняття договору, адже в дійсності вона перш за все полягає у використанні певної процедури розробки норм, правил та рішень договірної типу, у використанні феноменів участі заінтересованих сторін як у формі простого приєднання, так і у формі справжніх переговорів [5, с. 182].

Втілення договірних засад у виконавчий процес є виправданим для реалізації процесуальних гарантій суб’єктів виконавчого процесу, забезпечення здійсненості прав, визнаних судом та іншими органами, адже прагненням стягувача завжди є фактичне отримання грошових сум чи присудженого майна за судовим рішенням або рішенням іншого органу, а не наявність тривалим часом невиконаного виконавчого провадження.

Одним із варіантів реалізації таких можливостей є укладення сторонами виконавчого процесу угод, пов’язаних із виконанням, та наступне визнання державним виконавцем (у випадках, визначених законом – судом) за такими угодами властивостей юридичних фактів, з якими пов’язується настання тих чи інших правових наслідків, адже не викликає сумніву, що автономія волі та відсутність контролю щодо здійснення процесуальних прав сторонами виконавчого процесу не може абсолютуватися.

В науці щодо процесуальних договорів ставиться питання щодо їх існування та навіть допустимості у цивілістичному процесі [6], що породжує діаметрально полярні думки: від повного заперечення поняття процесуального договору до визнання суттєвого впливу тенденції контрактуалізації публічного права на цивільне, адміністративне, господарське процесуальне право та законодавство.

Характеризуючи процесуальні договори (угоди), можна зазначити, що вченими при окресленні їх сфери одночасно вживаються терміни як “процесуальні угоди”, так і “процесуальні договори”, а також відсутня єдність думок щодо визначення їх складу.

Так, Д. Притика [7] відносить до процесуальних договорів мирову угоду (досудову і судову), третейську (арбітражну) угоду, пророгаційну угоду (угоду про підсудність), медіаційну угоду, розглядаючи їх в рамках цивілістичного процесу.

Цікавим, проте досить широким є тлумачення процесуальних угод російськими вченими М. Г. Муратовою і М. Ю. Челишевим [8], які висувують ідею розроблення загальної теорії процесуальних угод в рамках загального, міжгалузевго вчення щодо сутності даних правових конструкцій, виділяючи три форми їх вираження: 1) різного роду процесуальні угоди, що є лише процесуальними правовими явищами; 2) цивільно-правові договори, ускладнені процесуальним елементом (або договори з процесуальним ефектом); 3) мирові угоди та угоди, що застосовуються для організації альтернативних форм вирішення спорів, що, на думку авторів, займають проміжне місце між процесуальними угодами та цивільно-правовими договорами з процесуальним ефектом.

Наведена класифікація процесуальних угод хоча і містить раціональні моменти, однак напевно чи доцільно об'єднувати під одним поняттям правовідносини різного характеру, особливо притаманні сфері кримінального процесу (йдеться про так звані “угоди з правосуддям”).

Власну теорію “угод про захист прав та процесуальних угод” пропонує М. Рожкова [9, с. 125, 131, 162], в основу якої покладені цивільно-правові критерії: характер волевиявлення сторін та розподіл обов'язків між сторонами. Зокрема, угоди про захист прав автором розділені на три групи: 1) угоди про форму захисту прав (до них належать угода про підсудність, пророгаційна угода, арбітражна (третейська) угода, угода щодо претензійного порядку врегулювання спору); 2) угоди щодо способу захисту прав (угода щодо неустойки (штрафу, пені), мирова угода), 3) угоди щодо засобу захисту прав (угода щодо відмови від заперечень). Прикладами процесуальних угод, що поіменовані в ЦПК РФ, М. А. Рожкова називає угоди щодо визнання сторонами фактичних обставин, угоди щодо забезпечення доказів, угоди щодо призначення експертів, допускаючи при цьому й можливість укладення процесуальних угод, прямо не передбачених законом, однак таких, що не усувають дію імперативної процесуальної норми.

На думку автора, угоди про захист прав є двосторонніми цивільно-правовими угодами, що характеризуються співпадаючою волею сторін, а процесуальні угоди являють собою односторонні процесуальні акти, в яких воля учасників (на одній стороні) поєднується.

Слід акцентувати, що фактично М. А. Рожкова в поняття процесуальної угоди вклала зовсім інший зміст, до того ж подібне розуміння процесуальних угод напевно чи узгоджується з положеннями ЦПК України. Самі ж “угоди про захист прав” розглядаються автором в рамках договірної угоди з визначенням їх природи як цивільно-правових угод, що перебувають в площині цивільного права [10], з чим напевно чи можна погодитись.

Говорячи про контрактуалізацію в цивільному процесі, С. А. Курочкін [9, с. 408] виділяє такі види угод, пов'язаних з процесом: 1. Угоди, що стосуються майбутнього спору (угоди, спрямовані на запобігання судовому розгляду: угоди щодо передачі спору на розгляд третейського суду, угоди щодо претензійного порядку, угоди щодо застосування процедури медіації та угоди, спрямовані на врегулювання порядку розгляду спору: угоди щодо пред'явлення позову, угоди щодо порядку судового розгляду). 2. Угоди щодо спору, який вже виник (угоди, що стосуються судового розгляду: угоди, що стосуються

порушення справи судом, угоди щодо ходу судового розгляду).

Як вбачається з аналізу наведеної класифікації, більшість процесуальних угод, властивих цивільному судочинству, змістовно вже не стосуються виконавчого процесу, з огляду на безспірний характер правовідносин сторін (стягувача та боржника). Разом з тим можна відзначити, що деякі види процесуальних угод, навпаки, знаходять відтворення при виконанні судових рішень, що дозволяє говорити про окремі аспекти контрактуалізації у виконавчому процесі. Наприклад, це мирова угода, порядок укладення якої передбачений як Законом України “Про виконавче провадження”, так і процесуальними кодексами (ЦПК України, ГПК України, КАС України), адже визнання мирової угоди, укладеної в процесі виконання, здійснюється судом. В перспективі (після прийняття в Україні відповідного законодавства) до процесуальних угод можливо буде віднести медіаційну угоду.

Привертає увагу й відсутність законодавчої регламентації правовідносин, які перебувають на стику цивільного та виконавчого процесів, де також можливе укладення процесуальних угод, тобто в період часу після набрання судовим рішенням законної сили, однак до звернення стягувача до державної виконавчої служби. Однак всі вони не мають сенсу без процесу, та, відповідно, не тягнуть за собою будь-яких процесуальних наслідків.

Природа будь-якої угоди визначається характером правовідносин, які виникають у зв'язку з його укладенням, тому уявляється методологічно правильним ставити питання не про “процесуальні договори”, а про “угоди, пов'язані з виконавчим процесом”.

В науковій літературі з'являються пропозиції про надання сторонам виконавчого процесу права вирішувати окремі питання, що виникають в ході виконання, угодою сторін. Зокрема, В. О. Гурєєв [10], називаючи такі процесуальні договори організаційними, пропонує надати сторонам можливість змінювати строк для добровільного виконання виконавчого документа, адаптувавши тим самим норму права щодо їх конкретного випадку, що дозволить обрати оптимальну модель примусового виконання або укласти угоду щодо розподілу витрат на проведення виконавчих дій.

Цей перелік може бути розширений. Так, угоди, пов'язані з виконавчим процесом, можуть стосуватися й питань зміни процесуального порядку звернення стягнення на майно, наприклад за угодою сторін виконавчого процесу стягнення може звертатися на заробітну плату, інші доходи боржника в разі перевищення трьох мінімальних розмірів заробітної плати (ст. 68 Закону “Про виконавче провадження”), замінюючи звернення

стягнення на повну суму заборгованості або на нерухоме майно. Відсутні перешкоди й для зупинення виконавчого провадження за домовленістю сторін виконавчого процесу в разі необхідності вирішення питань, що впливають на виконання.

Важливим орієнтиром реалізації процесуальних можливостей сторін виконавчого процесу є нормативне закріплення угод, пов'язаних з виконавчим процесом. Стягувач та боржник не можуть бути абсолютно вільними в укладенні зазначених угод: право сторін виконавчого процесу на їх укладення має бути або прямо передбачено законодавством або витікати з процесуальних норм. При цьому врахуванню підлягає й

те, що надання сторонам свободи здійснювати свої процесуальні права на свій розсуд має співвідноситися не лише з їх приватними інтересами, але й з публічними цілями виконавчого процесу.

**Висновки.** Розвиток нових тенденцій у праві, модернізація цивілістичного процесу свідчить про назрілу необхідність переглянути концептуальні засади діяльності державного виконавця при проведенні виконавчих дій, які були закладені законодавцем при прийнятті законодавства про виконавче провадження, створити умови сторонам виконавчого процесу для співробітництва та координації їх спільних дій, посилити активність сторін та можливість своїми погодженими діями впливати на динаміку виконавчого процесу.

### Список літератури

1. Коршунов Н. М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции / Н. М. Коршунов // Журнал российского права. – 2010. – № 5. – С. 66–72.
2. Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс / Г. М. Вельяминов. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 496 с.
3. Курочкин С. А. О контрактualизации арбитражного и гражданского процесса / С. А. Курочкин // Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – № 3. – С. 2–7.
4. Притика Д. Правова природа угоди про підсудність / Д. Притика // Актуальні проблеми 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.
5. Кадье Л. Соглашения относительно процесса во французском праве [о контрактualизации разрешения споров] / Л. Кадье // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – С.-Пб. : ООО “Универ. издат. консорц. “Юридическая книга”, 2008, № 6. – С. 167–183.
6. Елисеев Н. Допустимость процессуальных договоров в российском и зарубежном праве / Н. Елисеев // Хозяйство и право. – 2007. – № 8. – С. 49–60.
7. Притика Д. До питання про сутність процесуальних договорів (угод) / Д. Притика // Право України. – 2014. – № 2. – С. 197–210.
8. Муратова Н. Г. О межотраслевой теории процессуальных соглашений: вопросы гражданского права, цивилистического и уголовного процесса / Н. Г. Муратова, М. Ю. Челишев // Вестник гражданского процесса. – 2012. – № 4. – С. 10–27.
9. Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2009. – 332 с.
10. Рожкова М. А. Договорное право: соглашения о подсудности, о международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) соглашение и мировое соглашение ; под общей ред. М. А. Рожковой / М. А. Рожкова, Н. Г. Елисеев, О. Ю. Скворцов. – М., 2008. – 525 с.
11. Курочкин С. А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе / С. А. Курочкин. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 560 с.
12. Гуреев В. А. Проблемы применения процессуальных организационных договоров в деятельности ФССП России / В. А. Гуреев // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – № 5. – С. 71–75.

Отримано 27.11.2014

### Аннотация

Статья посвящена исследованию проявлений тенденции контрактualизации в исполнительном процессе. Рассмотрены вопросы введения договорных конструкций в процесс исполнения, сделаны предложения об увеличении доли соглашений, связанных с исполнительным процессом, в правовом регулировании процесса исполнения.

### Summary

This article is devoted to some features of contractualization tendency at contemporary of executive process. The questions of embodiment of contractual principles the executive pro, done suggestion about the increase of stake of agreements related to the executive process, in the legal regulation of the process execution.