

**Ключевые слова:** вещное право, принципы права, гражданское право, вещные права.

### Summary

The article examines the contents of certain principles of property law as well as shows the viability of introducing the principles of property law into the Civil Code of Ukraine.

**Key words:** property law, principles of law, civil law, property rights.

Отримано 24 .01.2012

### О. С. ХАРЧЕНКО

*Олеся Степанівна Харченко, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## ВИЗНАННЯ ВЧИНЕНОГО НОТАРІУСОМ ВИКОНАВЧОГО НАПISУ ТАКИМ, ЩО НЕ ПІДЛЯГАЄ ВИКОНАННЮ: ПРОГАЛИНИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Питання способу захисту законного права та інтересу має неабияке теоретичне та практичне значення й не втрачає своєї актуальності попри значну увагу науковців. Так, воно стало предметом дослідження низки вчених таких, як І. В. Болокан, І. О. Дзера, В. В. Комаров, В. В. Луць, Ю. В. Нікітін, С. Я. Фурса, які вивчали як загальні проблеми способів захисту, так і особливості спеціальних способів захисту, зокрема, у сфері нотаріату. Адже згідно ч. 1 ст. 18 ЦК України нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. У юридичній літературі традиційно розглядають речово-правові та зобов'язальні способи захисту, однак поширеною, і цілком обґрунтовано, є позиція про виділення і спеціальних способів захисту. Так, на думку І. О. Дзери, випадками для їх застосування є позови про захист прав співвласників у разі виділу, поділу та продажу спільного майна; засоби захисту права власності померлих та осіб, визнаних безвісти відсутніми або оголошених померлими; засоби захисту прав власників від неправомірного чи правомірного втручання державних органів, органів місцевого самоврядування та в надзвичайних ситуаціях; інші спеціальні засоби, обумовлені особливим колом уповноважених чи зобов'язаних осіб та надзвичайними обставинами<sup>1</sup>.

Досить ефективним та широко застосованим способом позасудового захисту цивільних прав юридичних та фізичних осіб є виконавчий напис, що вчиняється нотаріусами, що зумовлює потребу у належному врегулюванні цих відносин, направлених на забезпечення захисту майнових прав. Разом з тим, у юридичній практиці найбільшого поширення набув захист прав та інтересів судом, з-поміж іншого, і з приводу виконавчих написів нотаріуса. Так, як впливає із змісту ч. 2 ст. 16 ЦК України суд може захистити цивільне право або інтерес лише у спосіб, що встановлений договором або законом. Відповідно, неправильно обраний спосіб захисту може негативно вплинути на ефективність та можливість вирішення спору в принципі. Як вірно відзначається, особа, право чи інтерес якої порушено, може використати не будь-який спосіб захисту цивільного права та інтересу, а той спосіб, який прямо визнаний спеціальною нормою закону, що регулює конкретне цивільне правовідношення. Визначення у спеціальних нормах тих чи інших способів захисту, так само як і вибір способу захисту, залежить від специфіки права, яке потребує захисту, та характеру правопорушення<sup>2</sup>. Разом з тим, не завжди послідовна законотворча діяльність робить вибір способу захисту ускладненим у практичній діяльності, ставлячи учасників відносин перед проблемою вибору правильного способу захисту, коли змінами до одного нормативно-правового акта певний спосіб захисту виключено, а до іншого відповідні зміни не внесені. Яскравий приклад зазначеного – ситуація із таким способом захисту, як визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, дослідженню проблеми якого і присвячено цю статтю.

Вищевказана ч. 2 ст. 16 ЦК України містить перелік способів захисту цивільних прав та інтересів. Способи захисту прав та законних інтересів закріплені також ч. 2 ст. 20 ГК України, яка передбачає можливість застосування інших, окрім перерахованих у цій статті способів захисту, у випадках, передбачених законом. Як впливає із норм зазначених кодифікованих актів, для захисту прав та інтересів може застосовуватись спосіб захисту прямо зазначений у ЦК України, ГК України або в іншому законі чи у договорі (для цивільних правовідносин). Частина 1 ст. 4 ЦПК України також закріплює, що здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законами України.

Здійснюючи аналіз спеціального законодавства, можна побачити неузгодженість окремих його положень, зокрема, норм про нотаріат та виконавче провадження.

Так, ст. 34 Закону України «Про нотаріат» містить перелік нотаріальних дій, що вчиняють нотаріуси, з-поміж них і вчинення виконавчих написів. У спеціальній літературі досить дискусійним є низка питань, що

стосуються такого виконавчого документа, як виконавчий напис нотаріуса. Так, вказується на відсутність у нотаріату не тільки владних повноважень, а взагалі будь-яких публічно-правових функцій з яких могла би випливати обов'язковість виконавчого напису<sup>3</sup>. На підтвердження цієї думки зазначається також, що в нотаріуса немає власного апарату примусового виконання<sup>4</sup>. Такі російські вчені як І. І. Черних та В. І. Решетняк вважають, що виконавчий напис може бути вчинений нотаріусом лише у тому випадку, коли сторони при укладенні чи виконанні договору узгодили можливість стягнення з боржника на його підставі. Тобто вчинення виконавчого напису та його примусове виконання при відсутності згоди боржника не відповідають конституційним положенням<sup>5</sup>. Не поглиблюючись в дослідження змісту виконавчого напису нотаріуса можна підсумувати, що виваженого і послідовного бачення у законодавця цієї нотаріальної дії, яка займає дещо відокремлене місце серед інших нотаріальних дій своїми ознаками, формами та змістом, немає. Зазначене відобразилось і на такому способі захисту, як визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню.

Так, ст. 50 Закону України «Про нотаріат» зазнавала кількарізних змін, зокрема у редакції закону від 15.03.2006 р. вона передбачала застосування такого способу захисту, як визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню: «спір про визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса розглядається судом за позовом боржника до стягувача» (Закон України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо примусового проникнення до житла, виїмки та вилучення документів виконавчого провадження від 15.03.2006 р.<sup>6</sup>). Відповідно, в період дії вказаної редакції норми ст. 50 Закону України «Про нотаріат» такий спосіб захисту, як визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, мав усі підстави для застосування. Однак в редакції від 01.10.2008 р. (чинній на цей час) не міститься такого способу захисту. Так, згідно ст. 50 Закону України «Про нотаріат» нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду. Право на оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні, нотаріального акта має особа, прав та інтересів якої стосуються такі дії чи акти.

Слід підкреслити, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо примусового проникнення до житла, виїмки та вилучення документів виконавчого провадження» від 15.03.2006 р. було внесено відповідні зміни і до низки інших нормативно-правових актів. Зокрема, у ЦПК України (п. 12 ст. 110 «Підсудність справ за вибором позивача»: позови до стягувача про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса, можуть пред'являтися також за місцем його виконання; п. 28-1 ч. 1 ст. 293 «Ухвали, на які можуть бути подані скарги окремо від рішення суду»: виправлення помилки у виконавчому листі або визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню), у ГПК України (ст. 15 «Територіальна підсудність справ господарському суду: справи у спорах за участю боржника і стягувача про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса розглядаються господарським судом за місцезнаходженням відповідача або за місцем виконання виконавчого напису нотаріуса за вибором позивача), п. 4 ч. 1 ст. 37 Закону України «Про виконавче провадження» доповнено словами «або визнання судом виконавчого документа таким, що не підлягає виконанню» тощо.

Законодавцем допущено непослідовність дій щодо внесення змін до законодавчих актів: Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат»» від 01.10.2008 р. ст. 50 Закону «Про нотаріат» викладено у новій редакції (зазначено вище), Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про виконавче провадження» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення процедури примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) від 4 листопада 2010 року». Закон України «Про виконавче провадження» було викладено у новій редакції, за якою п. 4 ч. 1 ст. 37 закріплює зупинення судом стягнення на підставі виконавчого документа (слова про визнання судом виконавчого документа таким, що не підлягає виконанню виключено), при цьому редакція п. 4 ч. 1 ст. 49 Закону України «Про виконавче провадження» передбачає, що виконавче провадження підлягає закінченню, зокрема, у разі скасування рішення суду або іншого органу (посадової особи), на підставі якого виданий виконавчий документ, або визнання судом виконавчого документа таким, що не підлягає виконанню. Відповідних змін до ЦПК України, ГПК України та інших нормативно-правових актів внесено не було. Разом із тим, зміни до ГПК України та ЦПК України, внесені Законом України від 15.03.2006 р. стосувались виключно процесуальних аспектів, а тому самостійного значення не мають.

Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. (із змінами, далі – Інструкція) серед нотаріальних дій, які має право вчиняти нотаріус передбачено, зокрема, вчинення виконавчих написів (п. 2 інструкції). Разом з тим в Інструкції не міститься положень про способи захисту: розділ 32 Інструкції регулює лише вчинення виконавчих дій, у будь-якому разі, Інструкція не є законом, а тому у світлі вимог ст. 16 ЦК України та ст. 20 ГК України не може визначати спосіб захисту прав та інтересів.

Враховуючи вищезазначене, можна стверджувати, що у зв'язку із внесенням змін 01.10.2008 р. до ст. 50 Закону України «Про нотаріат», відсутністю належного законодавчого закріплення, для застосування такого способу захисту як «визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню», правових підстав немає. За змістом ст. 50 Закону України «Про нотаріат» способом судового захисту може

виступати оскарження нотаріальної дії або відмова у її вчиненні, нотаріального акта. Відповідно, необхідним є досягнення узгодженості дій при розробці та прийнятті змін та доповнень до нормативно-правових актів, що дозволить уникнути неоднакового застосування норм матеріального права у судовій практиці, довільного їх розуміння учасниками цивільних правовідносин та сприятиме вірному вибору способу захисту прав та інтересів.

<sup>1</sup> Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / Ірина Олександрівна Дзера. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 255 с. – С. 48.

<sup>2</sup> Срьоменко Г // Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; відп. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2009. – 952 с. – С. 790.

<sup>3</sup> Бородавський С. О. Окремі питання місця нотаріату в системі цивільно-правових інститутів // С. О. Бородавський // Актуальні пит. цивіл. і госп. Права. – 2009. – № 6 (19). – С. 6–9.

<sup>4</sup> Репин В. С. Комментарий к Основам законодательства Российской Федерации о нотариате // Репин В. С. – М., 2000. – С. 164.

<sup>5</sup> Решетняк В. И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процес се // В. И. Решетняк, И. И. Черных. – М., 1997. – С. 53.

<sup>6</sup> <http://portal.rada.gov.ua>

#### Резюме

Наукова стаття присвячена вивченню питань, пов'язаних із визнанням вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню. Основна увага приділена аналізу прогалин у нормативно-правових актах у цій сфері.

**Ключові слова:** нотаріус, виконавчий напис, спосіб захисту.

#### Резюме

Научная статья посвящена вопросам, связанным с признанием исполнительной надписи нотариуса такой, что не подлежит исполнению. Основное внимание уделено анализу пробелов в нормативно-правовых актах в этой сфере.

**Ключевые слова:** нотариус, исполнительная надпись, способ защиты.

#### Summary

The scientific article is sanctified to the study of questions about recognition of notarial special execution, one that is not enforceable. Basic attention is spared to the analysis gaps in normatively-legal acts in this area.

**Key words:** notary, label executive, way to protect.

Отримано 2.03.2012

### О. В. ЦЕЛУЙКО

*Олена Валеріївна Целуйко, кандидат юридичних наук, доцент Чернігівського філіалу Московського державного відкритого університету*

## ЕКСПЕРТ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

За час дії Закону України «Про судову експертизу» від 25 лютого 1994 р. № 4038-ХІІ законодавчі акти, які регулюють судово-експертну діяльність, та й сам Закон зазнали суттєвих, принципових змін. Після прийняття у 1994 р. базового нормативно-правового акта – Закону України «Про судову експертизу» на реалізацію його положень Кабінетом Міністрів України, Міністерством юстиції України, іншими міністерствами та відомствами було прийнято низку нормативно-правових актів, які розвивають та деталізують положення цього Закону. Практика застосування Закону підтвердила його необхідність та важливість як базового правового регулятора відносин у сфері судово-експертної діяльності, але за час, що минув, переважна більшість положень цього Закону не втратила своєї актуальності, проте виявлено чимало проблем, вирішення яких потребує системного вдосконалення та уточнення нормативно-правової бази, що регулює судово-експертну діяльність.

Питання теорії й практики використання спеціальних знань у судочинстві, призначення й проведення судової експертизи в цивільному та кримінальному процесі досліджувалися багатьма відомими вітчизняними й зарубіжними вченими, фахівцями в галузі криміналістики, експертології та кримінального й цивільного процесу. Багато проблемних питань розкрито в ґрунтовних працях Т. В. Авер'янової, В. Д. Арсенєва, Л. С. Ароцкера, Р. С. Белкіна, Т. В. Варфоломєєвої, А. І. Вінберга, В. Г. Гончаренка, Г. І. Грамовича, А. В. Ду-