

ДОКАЗИ ТА НЕОБХІДНІСТЬ ЇХ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НОТАРІУСОМ ТА СУДОМ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

БАДИЛА Оксана Олександрівна - приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу

УДК 347.94.948: 347.961.1

В статті дан аналіз доказательств как с точки зрения материального, так и процессуального права. Выражено виденье на новые способы обеспечения доказательств нотариусом, в частности, путем совершения таких нотариальных действий, как передача документов на хранение нотариусу, а также засвидетельствование нотариусом доказательств, какие находятся в сети Интернет. Проанализирован законопроект «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно обеспечения доказательств нотариусом».

Ключові слова: докази, забезпечення доказів, нотаріус, суд, Інтернет.

Значний вклад у дослідження доказів у цивільному процесі зробили такі українські вчені як Штефан М.Й., Фурса С.Я., Цюра Т.В., Лазько О.М., Гетманцев М.О. Комплексно дослідженням доказів займалися такі російські вчені як М.К. Треушніков, І.В. Решетнікова, М.А. Фокіна.

Щодо доказів у нотаріальному процесі, то таких робіт нині бракує, оскільки цей інститут нині знаходиться на стадії розвитку. Цьому питанню присвятили свої роботи Фурса С.Я., Фурса Є.І., Білозерська Є.І. Але комплексні наукові роботи, які висвітлюють порівняльні аспекти та міжгалузеві зв'язки інституту забезпечення доказів у цивільному та нотаріальному процесі в Україні нині відсутні, тому автор поставив собі за мету провести таке дослідження.

Насамперед, для проведення такого дослідження слід звернути увагу на взаємозв'язок матеріальних галузей права із процесуальними, про що зазначають деякі вчені [1]. Такий міжгалузевий зв'язок має стосуватися інституту доказів, оскільки нині вченими піднімається питання про те, що докази є комплексним інститутом, які мають матеріальний зміст, тобто такі фактичні обставини передбачаються нормами матеріального права та без них неможливо встановити обставини, які мають значення для справи та входять у предмет доказування [2, с. 4] та процесуальну форму. Така складна матерія останнім часом почала досліджуватися науковцями під новим кутом зору з урахуванням позиції провідних вчених. Так, І.В. Решетнікова розцінює: «... доказове право як двоєдину правову категорію, а саме: як міжгалузевий правовий інститут, так і комплексний інститут цивільного процесуального права» [3, с. 7]. Існують дослідження, у яких акцент ставиться на тих обставинах, які мусять доводитися і способами доведення таких обставин [4]. О.Лазько дотримується деякою мірою іншої позиції і ним сформульовано нову дефініцію засобів доказування у цивільному процесі як визначеного законодавством для певного виду судочинства класифікованого переліку видів доказів, які можуть бути надані суду для підтвердження відповідних юридичних обставин і в той же час обґрунтовано, що у теоретичному плані відповідна класифікація має не чітко визначений характер, а також потребує доповнень і уточнень» [5, с.с. 4-5].

Тобто позиція даного вченого зводиться до того, що у цивільному процесі йдеться про засоби доказування, а у конкретній справі використовуються певні докази, що вважається більш виваженою концепцією, оскільки враховує поділ доказів на види і підвиди та відповідає загальному поділу доказового права як елемента матеріальних галузей права та доказового процесу, що властивий процесуальним галузям правової науки.

Автор погоджується з наведеними позиціями у частині, що поняття «докази» бере витоки з норм матеріального права і вони повинні адекватно відтворюватися і досліджуватися як у процесуальних галузях правової науки, так і застосовуватися у процесуальному законодавстві та у конкретних справах. Але доволі часто вчені аналізують докази лише у контексті цивільного процесу, а не нотаріального та інших галузей правової науки.

Специфіка сприйняття доказів у процесуальних галузях права безпосередньо пов'язана з тими обставинами, на підтвердження яких вони розраховані і надаються. Так, у цивільному праві йдеться про укладення особами усних, письмових та правочинів, для яких передбачена обов'язкова нотаріальна форма посвідчення. Дійсність таких правочинів може перевірятися у майбутньому, що надає особі можливість довести наявність або відсутність тих чи інших обставин за допомогою певних доказів. При цьому у цивільному праві визнається лише усна та письмова форма договорів, а нотаріальна форма не визнається самостійною.

У зв'язку з цим цікавою для аналізу є позиція вченого, яка висловила гіпотезу про те, що, виходячи з того, що нотаріус у своїй діяльності не встановлює факти, а тільки перевіряє достовірність існуючих, єдиним допустимим доказом у нотаріальному процесі повинен бути письмовий доказ [6, с. 206]. Проаналізуємо першу частину наведеної вище гіпотези про те, що нотаріуси не встановлюють факти, а лише перевіряють існуючі. Така гіпотеза не відповідає реальним діям нотаріусів при вчиненні нотаріальних дій. Не вдаючись до прискіпливого аналізу поняття фактів, можна стверджувати, що факти – це юридичні обставини не майбутнього, а

минулого, тобто вже існуючі. Тому і нотаріуси і судді встановлюють факти, а не тільки перевіряють їх. Наприклад, як нотаріусу встановити особу неповнолітньої дитини, якщо у наявності є лише свідоцтво про народження, в якому відсутня фотокартка. Встановити особистість дитини лише за свідоцтвом про народження неможливо. У цій ситуації необхідно вислухати батьків і встановлювати особистість дитини за їх словами. Але це не вписується у концепцію лише перевірки фактів через те, що необхідно забезпечити доказ про те, що батьки визнали дитину і саме вони персоніфікували її.

Слід звернути увагу й на інші ситуації, які можуть мати місце у нотаріальній практиці. Так, між заявниками може виникнути спір щодо конкретних умов правочину, який вони мали намір посвідчити, щодо оплати нотаріальних послуг. Доволі часто виникають спори щодо реальної ціни договору та тієї, яку необхідно зафіксувати нотаріусу у договорі, та, виходячи із якої сторони, повинні сплатити державне мито тощо. Такий факт, згідно з чинним законодавством, не передбачається встановлювати у нотаріальному порядку, але з цього приводу вчені іншої думки [7], і автор поділяє цю позицію.

Однозначно можна стверджувати, що посвідчення договорів пов'язане зі встановленням нотаріусом факту згоди всіх учасників договору з його умовами та наслідками його посвідчення. Отже, нотаріус встановлює факт, а не перевіряє достовірність існуючих. Нотаріус має зафіксувати згоду кожного учасника на посвідчення договору, яка виражається спочатку усно, а потім шляхом «проставлення» власноручного підпису на документах. Тобто нотаріус не отримує від заінтересованих осіб письмового документу про згоду на посвідчення правочину. Таку згоду потребується належним чином оформляти, тобто нотаріально, лише у випадку, коли особа не здатна в силу суб'єктивних або об'єктивних причин взяти особисту участь у посвідченні договору. Але така ситуація є винятком із загального правила, про що свідчить переважна більшість посвідчених у нотаріальному порядку договорів. Тому питання про встановлення у нотаріальному процесі певних фактів можна вважати доведеним.

Щодо можливості існування у нотаріальному процесі не лише письмових доказів вважаємо доцільним послатися на думку Білозерської Є.І., яка виважено та обґрунтовано довела можливість використання нотаріусом також речових доказів [8]. Так, Білозерською Є.І. робиться цікавий висновок про те, що встановлюючи особу, нотаріус безпосередньо звіряє обличчя громадянина із зображенням його на фотокартці у наданому документі, що посвідчує особистість. Це є нічим іншим, як дослідженням речового доказу. При цьому речовим доказом буде не тільки документ, який містить фотокартку обличчя, але і самі зовнішні риси обличчя людини, які дають нотаріусу можливість ідентифікувати її як громадянина, який зображений на фотокартці документа [8, с. 141]. Аналогічне положення має місце і в ЦПК Німеччини [9, с. 115], а також пропагується іншими вченими [10].

Отже, виникає потреба у формулюванні понять «судові докази» та «нотаріальні докази». Необхідність такого поділу зумовлена не стільки наявністю своєрідного ставлення вчених до тих чи інших проблем у теорії доказів, скільки кардинальною відмінністю їх застосування у діяльності нотаріусів та суду.

Розглянемо це положення на наочному прикладі, який пов'язаний з посвідченням договору і застосуванням електронного підпису. До повноважень нотаріусів згідно з п. 8 Глави 7 Розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5, входить засвідчення справжності електронного цифрового підпису за умови наявності технічних можливостей роботи з електронними документами та дотримання правил, передбачених чинним законодавством. Щодо технічних можливостей, то практично всі нотаріуси забезпечені послугами Інтернет, тому вони не можуть посилатися на відсутність у них саме «технічних можливостей». Щодо «правил, передбачених чинним законодавством», яких повинні дотримуватися нотаріуси при засвідченні справжності електронного цифрового підпису, то вони мають бути розкриті у Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, оскільки це основний нормативний

акт, у якому регламентується процедура вчинення нотаріусом певних процесуальних дій.

Відмінність же сприйняття електронного цифрового підпису нотаріусом від наступного судового буде відрізнятися тим, що нотаріус, не маючи інформації, а на свій страх і ризик може сьогодні вчиняти нотаріальну дію, пов'язану з використанням електронного підпису. На розгляд суду особою, права якої порушені, так і фахівцями можуть бути надані докази законності чи незаконності засвідчення нотаріусом справжності електронного підпису тощо.

Автор вважає, що сьогодні потрібно широко аналізувати електронні та високотехнологічні докази у нотаріальному та цивільному процесі. Зокрема, О.М. Лазько запропонував на теоретичному рівні сформулювати поняття нового засобу доказування, яким є електронні (технічні) документи. Електронними (технічними) документами є відповідна процесуально закріплена форма інформації про факти, що мають значення для справи, виконана у формі цифрового або іншого електронного запису, що дозволяє визначити джерело надходження інформації та збереження цієї інформації недоторканою за допомогою заходів інформаційно-технічного (спеціального) захисту» [5].

Така концепція даного вченого узгоджується із авторською позицією. Вона зменшуватиме неповагу до сучасних засобів доказування, висловлену в ст. 57 ЦПК, де про важливі високотехнологічні докази зазначено: «зокрема, звуко- і відеозаписи», тобто ті, які мають певний зв'язок із речовими доказами. Але звуко- і відеозаписи можуть бути здійснені у судовому засіданні і містити інформацію про хід судового розгляду, і відносити їх до речових доказів лише за носієм не зовсім коректно, оскільки сам диск без інформації, як речовий доказ, за загальним правилом, не представляє правової цінності тощо.

Така позиція заслуговує на увагу також через те, що сьогодні доцільно визнати, що значна частина отримуваної користувачами інформації є віртуальною. Телевізор, комп'ютер тощо стануть металобрухтом, якщо до них не надходитиме інформація з інших джерел. Якщо подивитися на сучасний Інтернет, то можна помітити, що він вже

нагадує безкрайній всесвіт і це лише його доступна для перегляду частина, не говорячи про ті Інтернет-зв'язки, до яких потрібно мати спеціальний доступ, щоб отримати інформацію.

Тому О.М. Лазьком правильно ставиться питання про те, як зафіксувати отриману з таких джерел інформацію не тільки у пам'яті користувача, а й для наступного її відтворення. Цим вченим сформульовано поняття «відтвореного електронного доказу», під яким пропонується сприймати різні форми вираження електронної інформації, зокрема, шляхом виведення інформації на екран, її прослуховування, розшифрування, розпечатування тощо. Умови достовірності відтвореного доказу можуть бути зведені до: неможливості будь-яким чином сфальсифікувати відповідну інформацію; фіксування відповідної інформації за допомогою свідків, безпосереднього отримання судом доступу до відповідної інформації, можливості перевірки певної інформації за допомогою повторного її виведення для порівняння отриманих остаточних результатів, шляхом проведення експертизи відповідного носія інформації» [5].

Тому не випадково, що питання про можливість або неможливість фіксування нотаріусом отриманої з Інтернету інформації (забезпечення електронного доказу) вважається до останнього часу дискусійним серед правників, оскільки деякі вчені вважають, що нотаріус може забезпечувати докази, які знаходяться у мережі Інтернет [11; 12], а інші висувають технічно-правові заперечення [13]. Автор вважає, що поряд з актуальними на сьогодні проблемами, що впливають з недобросовісного використання Інтернету, зокрема, поширення неправдивої інформації про осіб, недобросовісної конкуренції, потрібно спочатку провести ґрунтовні дослідження на предмет технічних можливостей фіксування інформації, що береться з Інтернету або через нього поширюється.

Так, вчений Т.М.Кучер констатує, що необхідним підтвердженням вчинення правочину є внесення відповідних відомостей до реєстру, їх сприйняття нотаріусом або відтворення за допомогою використання продуктів комп'ютерних технологій» [14, -

с. 153]. Дійсно, для вчинення важливих нотаріальних дій нотаріусам сьогодні необхідно перевірити відсутність заборон відчуження об'єктів нерухомості, наявність державної реєстрації права власності на конкретного власника тощо, які містяться саме в Інтернет мережі, але така важлива інформація може бути спотворена або спеціально подана у спотвореному вигляді на комп'ютер конкретного нотаріуса.

Якщо ж поглянути на це питання з позиції нотаріального процесу, то можна встановити загрозу у забезпеченні не тільки нотаріальної таємниці, а й щодо достовірності інформації, яку нотаріуси отримують через Інтернет для вчинення нотаріальних дій. На нашу думку, для дослідження доказів, які мають безпосередній зв'язок з мережею Інтернет та, відповідно з метою захисту прав осіб, які бажають забезпечити такі докази, має проводитись правова та технічна експертизи, які нададуть відповіді на питання, зокрема, щодо можливості нотаріусів забезпечувати докази, які знаходяться у мережі Інтернет.

У цьому зв'язку вважаємо, що проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення доказів нотаріусом», внесений народним депутатом України В.В.Карпунцовим [15] (надалі – проект Закону) потребує доопрацювання. Проаналізуємо деякі його положення, які викликають істотні заперечення.

Так, у статті 97-1 проекту Закону дано дефініцію «забезпечення доказів нотаріусом», під якою розуміють фіксацію (документування) інформації нотаріусом, яка вчиняється з метою її використання для підтвердження певних обставин, якщо згодом отримання чи фіксація (документування) такої інформації стане неможливою або ускладненою». У даній нормі нічого не сказано про «мету використання фіксації інформації».

У ст. 97-2 проекту Закону наводяться підстави забезпечення доказів нотаріусом: «якщо згодом отримання чи фіксація (документування) такої інформації стане неможливою»; «тяжка хвороба особи, якщо є об'єктивні підстави вважати, що стан здоров'я особи погіршиться або настане її смерть». Як бачимо, у даній нормі законопроекту хвора особа не

персоніфікована, тому із такої редакції даної норми можна зробити висновок про те, що необхідно забезпечувати докази при смерті кожної особи, оскільки разом із смертю цієї особи може зникнути величезний обсяг інформації.

Так само важко однозначно сприйняти інші підстави для вжиття заходів забезпечення доказів, оскільки залишається невідомим, про виїзд якої особи за кордон йдеться у ст. 97-2 проекту Закону, а також про які документи чи матеріали зазначає автор законопроекту, що можуть бути вилучені, пошкоджені чи змінені. Можливо, їх або їх нотаріально засвідчені копії доцільно передати нотаріусу на зберігання тощо. Більше того, завжди є вірогідність, що розміщена в електронному вигляді за відповідною адресою у глобальній інформаційній мережі Інтернет неправдива інформація буде навмисно змінена або знищена. Якщо в особи є побоювання, що важливий для неї документ може бути викрадений, то юридично некомпетентні особи здадуть такий документ на зберігання до камеру схову банку. А для кваліфікованих осіб спектр захисту власних прав розширюється, оскільки документи можна передати на зберігання нотаріусу і інформація про такий документ забезпечуватиметься ст. 8 Закону України «Про нотаріат». Тобто за допомогою цього провадження особа здатна забезпечити докази на майбутнє.

Не розкриває проблему сприйняття ст. 102 Закону України «Про нотаріат» і підстава, зазначена в законопроекті: «подання матеріалів, що можуть бути використані як докази, у закордонні суди чи інші компетентні органи», оскільки будь-яка інформація потенційно може знадобитися в судах або інших органах влади. У той же час зрозуміти автора законопроекту можна, оскільки в Законі України «Про нотаріат» не сформульовано понятійний апарат, який би надавав можливість коректно розкривати процесуальний зміст інституту «забезпечення доказів», оперуючи такими поняттями, як заявник, сторона, третя особа. Тому через брак спеціальних термінів практично всіх суб'єктів в нотаріальному процесі вимушено називають «особами». Хоча у статті 97-2 проекту Закону доцільно застосовувати замість

терміну «особа» термін «свідок» тощо. Можна зрозуміти й науковців, які вважають, що на законодавчому рівні повинен регламентуватися не тільки перелік джерел доказів (засобів доказування), але і їх форма, зміст, джерело походження» [16].

Тому сучасний стан законодавства про нотаріат викликає занепокоєння науковців, оскільки у ньому не виписана процесуальна складова діяльності нотаріуса як особи, яка уповноважена державою на вчинення нотаріального провадження, а також осіб, які беруть участь у нотаріальному провадженні, та тих, які сприяють нотаріусу у вчиненні нотаріальної дії.

Щодо доказів, то слід погодитись із думкою Білозерської Є.І. про те, що не сприяє вивченню загальнотеоретичних питань доказів у нотаріальному процесі і законодавство, яке взагалі залишає поза увагою ці питання. Нотаріальне процесуальне законодавство, на відміну від законодавства про судочинство не містить спеціальних положень щодо доказів. Складається дивна ситуація, коли фактична діяльність по доказуванню обставин нотаріальної справи існує, а норм, які б регулювали цю діяльність, немає [17], зокрема про докази. Пояснюється останнє положення й тим фактором, що доказ в матеріальному праві не сприймається як такий, що у майбутньому він може бути об'єктом дослідження у судовому процесі. Приписи щодо доказів, які нині мають місце у нормах матеріального права, можна сприймати доволі широко, але не слід забувати про права громадян, які залежать від таких доказів.

Література

1. Грось Л.А. Влияние норм материального права на гражданское процессуальное право : научно-практические проблемы : автореф. дис. ... док. юрид. наук (12.00.03; 12.00.04). – М., 1999. – 63 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу -<http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=87142>
2. Петровський А.В. Процесуальні особливості розгляду та вирішення цивільних справ про визнання правочинів недійсними: автореф. канд. юрид. наук (12.00.03). – К., 2014. – 18 с.
3. Решетникова И. В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... док. юрид. наук

АНОТАЦІЯ

У статті надано аналіз доказів як з точки зору матеріального, так і процесуального права. Висловлено бачення на нові способи забезпечення доказів нотаріусом, зокрема, шляхом вчинення таких нотаріальних дій як передання документів на зберігання та засвідчення нотаріусом доказів, які знаходяться у мережі Інтернет. Проаналізовано законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення доказів нотаріусом».

SUMMARY

In the article the analysis of proofs is given both from point of material and procedure law. Vision on the new methods of providing of proofs a notary is expressed, in particular, by the feasibility of such notarial actions as transferrability of documents on storage and for the certificate of proofs a notary, what are in a network the Internet. A bill is analysed «About making alteration in some legislative acts of Ukraine in relation to providing of proofs a notary».

(12.00.03). – Екатеринбург, 1997. – 46 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1170388>

4. Феннич В.П. Доказові презумпції в цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03) – К., 2009. – 19 с.

5. Лазько О.М. Засоби доказування у цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). – К., 2013. – 18 с.

6. Круковес Н.В. Допустимість доказів у цивільному та нотаріальному процесах: порівняльний аспект / Н.В. Круковес // Розвиток права України: від Конституції Пилипа Орлика до сьогодення: Зб. наук. праць за матеріалами міжнарод. конф. юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 20 травня 2010 р. – К.: ВГЛ «Обрії», 2010. – С. 205-207.

7. Фурса С. Я. Виникнення спору в нотаріальних правовідносинах та процесуальні наслідки його встановлення / С.Я.Фурса // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 4. – С. 16-19.

8. Белозерская Е. И. Вещественные доказательства в нотариальном процессе / Е.И.Белозерская // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 2 «Нотариальный процесс» / Под ред. д.ю.н. С.Я. Фурсы. – К. ЦУЛ. 2013. – С. 136-146.

9. Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии / А.Г. Давтян. – М.: Городец, 2000. – 320 с.

10. Теорія нотаріального процесу: науково-практичний посібник / За заг. ред. С.Я.Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.

11. Яценко О. Забезпечення доказів нотаріусами, або сусідський досвід, якого не вистачає українським адвокатам / О.Яценко // Юридич-

ний журнал. – 2013. – №5 (131). – С. 60-67.

12. Бакалинская О. О. Проблемы нотариального обеспечения электронных доказательств / О.О. Бакалинская // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 2 «Нотариальный процесс» / Под ред. д.ю.н. С.Я. Фурсы. – К. ЦУЛ, 2013. – С. 126-135.

13. Афан А.А. Роль нотариуса в процессе доказывания фактов относительно информации в сети Интернет / А.А.Афан // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 2 «Нотариальный процесс» / Под ред. д.ю.н. С.Я. Фурсы. – К. ЦУЛ. 2013. – С. 119-125.

14. Кучер Т.Н. Особенности применения доказательств, созданных при помощи компьютерных технологий в нотариальном процессе / Т.Н.Кучер // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 2 «Нотариальный процесс» / Под ред. д.ю.н. С.Я. Фурсы. – К. ЦУЛ. 2013. – С.147-154.

15. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення доказів нотаріусом», внесений народним депутатом України В.В.Карпунцовим [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46185

16. Партоленко Н. В. Доказательства в нотариальном процессе: формирование доктрины / Н.В. Партоленко // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 2 «Нотариальный процесс» / Под ред. д.ю.н. С.Я. Фурсы. – К. ЦУЛ. 2013. – С. 155-160.

17. Білозерська Є.І. Докази та доказування у нотаріальному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). – К., 2014. – 18 с.