

Г. Г. ХАРЧЕНКО

Георгій Георгійович Харченко, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРИНЦИПИ РЕЧОВОГО ПРАВА

Знання кожного юриста про право, законодавчі положення, без сумніву, не може бути всеохоплюючим та вичерпним. Широта нашого правового світогляду значною мірою залежить від того, як ми засвоїли принципи права на рівні всієї системи та її окремих елементів. На практиці трапляються ситуації, коли запитання є, але переконливої відповіді через брак наших знань ми не маємо, правові принципи часто можуть бути тим путівником, які вкажуть та допоможуть знайти правильний шлях для вирішення спірної ситуації. Знання принципів, як зазначав К. Гельвецій, може компенсувати незнання деяких фактів¹.

Звичайно, значення принципів у праві важко переоцінити, однак у законодавстві їхня роль іноді недооцінюється, особливо коли йдеться не про загальноправові принципи, а про спеціальні, тобто принципи на рівні окремих елементів правової системи, зокрема речового права. Тут інколи маємо ситуацію, коли, як об'язно відмітив Ж. Яков, права занадто багато і виникає потреба в більш загальних, зрозумілих принципах². Це, між іншим, є недоліком нашого цивільного законодавства, де принципи речового права законодавчо не сформульовані, однак описані теорією.

Здобутки теорії речового права в цьому питанні помітні. Свій внесок у загальну справу наукового дослідження принципів речового права зробили багато вітчизняних та зарубіжних вчених (Ugo Mattei, О. Підпригора, Р. Майданик, Д. Формакидов, О. Бабаєв та ін.), проте дослідження цього питання жодним чином не можна вважати вичерпним. По-перше, тому що перелік принципів речового права ніяк не може дійти у правовій науці сталого константи. Слушно згадуються слова українського правознавця П. Фріса, що складно знайти двох авторів, які б зійшлися щодо кількості принципів, не кажучи вже про їхній зміст³. По-друге, питання принципів речового права особливо актуальне у світлі проблематики доцільності законодавчого закріплення окремих принципів речового права у Цивільному кодексі України (далі – ЦКУ)⁴, з урахуванням того, що сьогодні такого юридичного оформлення вони не мають. І, по-третє, не можна не помітити, що на відміну від загальноправових принципів, що відтворюють об'єктивну сутність права (принцип справедливості, законності, розумності тощо), спеціальні принципи, зокрема принципи речового права, не завжди мають універсальний характер і у своїй дії можуть супроводжуватися у праві наявністю окремих винятків, що виводяться з-під дії сформульованого спеціальним принципом загального правила (суб'єктивний елемент права). Виявлення та вивчення такого суб'єктивного начала спеціального принципу додатково актуалізує питання подальшого дослідження принципів речового права.

Мета статті – розкрити зміст та значення для речового права окремих принципів, введення яких у цивільне законодавство України дало би змогу, на нашу думку, удосконалити механізм правового регулювання цивільних правовідносин. Далі охарактеризовано кожен принцип речового права окремо.

Право слідування – *суб'єктивне речове право слідує за своїм об'єктом*. Практичне значення реалізації принципу полягає у необхідності для стабільності цивільного обороту закріплення у законодавстві чіткого правила: випадіння об'єкта речового права з тих чи інших причин з фактичного панування носія права (наприклад, крадіжка) не призводить до припинення речових прав на об'єкт. Не припинятимуться за цим принципом речові права і у разі зміни суб'єктів права, яким належать інші речові права на цей об'єкт.

Однак, з усякого правила, як відомо, можуть бути й свої винятки. Ними, між тим, не стільки спростується дійсність встановленого правопорядком правила, скільки підтверджується загальновідомий факт його існування для усіх інших випадків застосування такого правила. Наявність у праві винятків зумовлено насамперед самою природою права, нерозривно пов'язаною зі складною природою людської натури. Багатогранність цивільних відносин не дозволяє нам діяти у праві схематично, шаблонно встановлювати для всього «єдині правила гри» без урахування особливостей предмета регулювання.

Комплексний підхід, до якого право природно прагне у правовому регулюванні, водночас не має виключати й індивідуальний підбір правового інструментарію для регулювання нетипових, з різних обставин, ситуацій. Прикладом такого комбінування може бути, зокрема, право застави.

Так, приміром, Законом України «Про заставу»⁵, передбачено, що застава зберігає силу, якщо за однією з підстав, зазначених у законі, майно або майнові права, що становлять предмет застави, переходять у власність іншої особи (ч. 1 ст. 27). По суті, цією нормою за правом застави визнано на рівні закону право слідування. Однак, загальний характер встановленого правила, насправді, не означає його універсальність і відсутність винятків з нього. Таким винятком є застава товарів в обороті або переробці. Специфіка предмета цього виду застави дає змогу дійти висновку, що заставі товарів в обороті або переробці, на відміну від інших видів застав, право слідування, як правило, не властиво. Останнє зумовлено передусім тим, що при заставі товарів в обороті або переробці засталодавець зберігає за собою право володіти, користуватися та розпоряджатися предметом застави.

У разі, коли заставодавець скористається своїм правом розпорядження і здійснить відчуження заставлених товарів, він відповідно до закону замість реалізованих товарів має замінити їх на інші товари, при чому такої самої або більшої вартості, приміром, через придбання нових. Останні вважатимуться предметом застави відповідно до договору застави товарів у обороті або переробці з моменту виникнення на них у заставодавця права власності. Однак, закон не вимагає, щоб відчуження попереднього предмета застави та придбання нових товарів були якимось чином узгоджені у часі й проведені одночасно. Відтак виникає ризик того, що здійснення торгівельних операцій, які розведені у часі, відбудеться не в повній мірі. Цілком вірогідно може статися ситуація, коли товар в обороті реалізовано, але придбання іншого товару, обумовленого, скажімо, договором застави, з різних причин не сталося. Виникає ситуація, що договір застави нібито є, але предмета застави насправді вже немає. Звернути стягнення на попередній предмет застави, право власності на який перейшло до нового набувача, є неможливим з огляду добросовісності останнього і правомірності дій заставодавця щодо розпорядження предметом застави при заставі товарів в обороті або переробці. У такій ситуації ці обставини виключають на практиці можливість застосовувати право слідування стосовно права застави товарів в обороті або переробці.

Складність полягає в тому, що реалізація обох прав неможлива через їх взаємовиключний характер. Неминуче постанемо перед вибором: якому праву – праву застави чи праву власності – надати перевагу в захисті. Дія права слідування нібито спонукає на користь права застави, однак принцип справедливості зобов'язує нас враховувати, що відчуження предмета застави та його придбання іншою особою є правомірним та відповідає принципу добросовісності. До того ж, маємо звернути увагу, що заставодержатель, вступаючи у заставні правовідносини саме щодо товарів в обороті або переробці, не може не усвідомлювати всю алеаторність останніх, де право розпорядження предметом застави зберігається за заставодавцем. Як наслідок, у цих відносинах на перший план виходить так званий довірчий елемент, який вимагає від заставодержателя прискіпливо ставитися до вибору заставодавця, з яким він матиме справу, розуміючи, що вибір має припадати лише на ту особу, яка заслуговує довіру. Таким чином, залежно від міри вини негативні наслідки всієї ситуації, що може скластися, мають покладатися саме на заставодержателя, а не на добросовісного набувача, чого і вимагає принцип справедливості. У будь-якому разі право заставодержателя вимагати від заставодавця заміни відчуженого предмета застави на інші товари принаймні такої самої вартості законом зберігається. Інша річ, чи може така вимога заставодержателя насправді бути задоволена. Логіка довірчого елемента в українському цивільному законодавстві спрацьовує і в інших випадках, скажімо, при захисті прав добросовісного набувача, який за відплатним договором придбав майно в особи, що правомірно ним володіла, проте не мала права його відчужувати (ч. 1 ст. 388 ЦКУ).

Право слідування характерно не лише праву власності, а й речовим правам на чуже майно. Для них воно відіграє, мабуть, більшу роль, ніж для самого права власності. Так, цивільне законодавство України визначає, що право користування чужим майном (сервітут) зберігає чинність у разі переходу до інших осіб права власності на майно, щодо якого він встановлений (ч. 6 ст. 403 ЦКУ). Однак і з цього загального правила в законодавстві України також передбачені винятки. Так, як свідчить судова практика, члени сім'ї власника житлового будинку (квартири), що отримали від нього в порядку ст. 156 Житлового кодексу УРСР⁶ (далі – ЖК УРСР) право користування жилим приміщенням, втрачають це право разом з продавцем власником житлового будинку. Суди, зокрема, виходять з того, що право користування чужим жилим приміщенням членів сім'ї, є похідним від права власності, а також поєднані з ним. На підставі чого робиться висновок, що припинення права власності на житло попереднього власника призводить до втрати іншими членами сім'ї їхнього права користування цим приміщенням⁷.

Треба зазначити, що на нашу думку така аргументація хоча і правильна, за висновком, проте не зовсім ґрунтовна за змістом. З позиції права власності будь-яке речове право на чуже майно можна розглядати як похідне і таке, що поєднане з ним. Керуючись цим правилом, неминуче прийдемо до того, що наявність у обмежених речових прав права слідування можна буде заперечувати завжди і, як наслідок, припинити їх у разі припинення в особи права власності на майно. Між тим, сутність права слідування для речових прав саме і полягає в тому, що за кожним правом, речовим за своєю природою, визнається «право на власне життя», певна автономізація щодо інших речових прав, особливо до права власності. Недарма, у разі з таким самим правом користування чужим жилим приміщенням членами сім'ї законодавство України констатує, що припинення сімейних відносин з власником будинку (квартири) не позбавляє їх права користування займаним приміщенням (ч. 4 ст. 156 ЖК УРСР). Причина позбавлення цього права права слідування у разі припинення права власності полягає, на наш погляд, в особливості природи та підстави виникнення цього права, яка не стільки пов'язана з цивільними правовідносинами, тобто, скажімо, укладенням договору найму, скільки зумовлена родинними зв'язками власника приміщення з членами його сім'ї. Специфіка цих зв'язків зумовлює особистісний характер взаємостосунків у родині, що накладає свій відбиток і на право користування чужим приміщенням членами сім'ї, нерозривно прив'язуючи це право з правом власності та позбавляючи таким чином правом користування чужим приміщенням, правом на самостійне життя після припинення самого права власності. Отож, коли навіть сімейні стосунки у родині з власником будинку розпадаються, законодавець вважає за можливим все одно зберігати за колишніми членами сім'ї їхнє право на користування житлом, оскільки право власності власника будинку продовжує існувати. Наскільки такий підхід насправді виправданий часом є питанням дискусійним – чи не є це своєрідним обмеженням права самого власника на свій розсуд визначатися зі здійсненням свого права власності: кому надавати право на користування своїм

житлом, а кому ні? Шлюб, як відомо, не може бути підставою для обмеження прав та свобод, які встановлені Конституцією і законами України. Звичайно, родинний зв'язок, хоча б в деяких випадках і колишній, має покладати на власника житла певні розумні обмеження його права власності. Справедливо, на нашу думку, не дозволяти власнику житла позбавляти членів сім'ї їхнього права на проживання з ним, якщо вони не досягли повноліття, або того з колишнього подружжя, непрацездатність якого виникла до розірвання шлюбу тощо. Однак, якщо шлюб розпався, визнавати право колишнього подружжя на користування чужим житлом не завжди може бути виправданим, так само як і щодо повнолітніх членів сім'ї, стосунки з якими у власника просто не дають змогу жити разом.

За Сімейним кодексом України⁸ (ч. 1 ст. 14) всі сімейні права тісно та нерозривно пов'язані з особою носія цих прав, а тому не можуть бути передані іншій особі. Важливо, що у сімейних правовідносинах особистий характер проявляється в усьому – і в сімейних правах, і в сімейних обов'язках. Ця ознака не може не позначитися на характері правового регулювання взаємовідносин членів родини в рамках цивільних правовідносин, вимагаючи обов'язкового врахування тісного та взаємозумовленого зв'язку правових статусів усіх членів сім'ї стосовно один до одного.

Наведені приклади наводять на думку, що природними обмежувачами дії права слідування щодо речових прав можуть бути загальноправові принципи справедливості та добросовісності. Право слідування речових прав здатне діяти там, де це не суперечить дії основних для цивільного права принципів відповідно до встановленої ієрархії принципів. З цієї точки зору в Законі України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»⁹ (далі – Закон) для ілюстрації та підтвердження зроблених висновків можна навести кілька прикладів. Так, скажімо, у ст. 10 Закону зазначено, що добросовісний набувач за відплатним договором набуває право власності на рухоме майно без обтяжень, навіть якщо ці обтяження і були щодо нього встановлені і придбання майна відбулось не від правомочної на відчуження особи. Тобто, оскільки добросовісність набувача виключає його знання про наявні на майно обтяження, тому що останні не пройшли реєстрацію в державному реєстрі, та набувач не знав і не міг знати про неправомірність дій відчужувача, як передбачено ст. 388 ЦК України, то цілком логічно, що така добросовісність набувача може припинити собою дію права слідування інших прав на це майно, які не узгоджуються з правом власності добросовісного набувача та стосовно нього іноді можуть мати навіть взаємовиключний характер. Таку саму послідовність умовиводів, але на підставі дії іншого принципу – принципу справедливості, можемо побачити й на другому прикладі із вказаного Закону. Так, встановлено, що у разі набуття обтяжувачем права власності на предмет забезпечувального обтяження усі обтяження відповідного рухомого майна з вищим пріоритетом зберігають чинність, а обтяження з нижчим пріоритетом припиняються (ч. 5 ст. 29). Іншими словами, за обтяженнями з нижчим пріоритетом, на відміну від обтяжень з вищим пріоритетом, «право слідування» в цій ситуації не визнається.

Цей приклад свідчить, що право слідування тісно зв'язано з моментом припинення існування самого права. Як тільки ставиться питання відсутності у речового права такої ознаки як право слідування за своїм об'єктом, закономірно виникає питання про можливість його існування взагалі, адже суб'єктивне право не може існувати без об'єкта, за умови, якщо замість попереднього об'єкта не буде знайдено інший, як то може статися, приміром, при заставі товарів в обороті або переробці.

Принцип неприпустимості розширювального тлумачення обмежень речового права. Значною мірою цей принцип речового права визначається, на нашу думку, самою суттю приватного права як такої частини об'єктивного права, через відповідні норми та інститути якої реалізується природне «право свободи» (С. Алексєєв)¹⁰. Однак, будь-який закон за своєю суттю, в принципі, є порушенням цієї свободи, тому законодавець, як зазначав Бентам, має відчувати задоволення, коли наділяє когось правами, оскільки останні є блага, і навпаки – відчувати незадоволення, покладаючи обов'язки, тому що обов'язки самі по собі є злом. На думку вченого, хоча обмеження свободи невідворотні, їх не слід накладати, якщо на це немає достатньої підстави, яка могла би виправдати наявність таких обмежень в кожному конкретному випадку¹¹.

Мета всякого законодавства – найбільше щастя для найбільшого числа (*the greatest happiness of the greatest number*), але, зрозуміло, що законодавство саме по собі не може забезпечувати щастя, тому воно має розглядати щастя як прив'язаність до життя і просто йому не заважати¹².

Розділяючи в цілому висловлені позиції, вважаємо, що введення та реалізація цього принципу у цивільне законодавство України стане запобіжником обмеження свободи у сфері дії речового права.

Принцип спеціалізації принципів речового права. Дія цього принципу передбачає, що поряд із загальними для усього речового права принципами, у речовому праві можуть діяти спеціальні принципи на рівні речово-правових інститутів. Своїм змістом останні можуть відображати специфіку різних речово-правових конструкцій, наповнювати зміст правового регулювання окремими речово-правовими відносинами більшою визначеністю та конкретикою. Спеціалізація відтворює у змісті спеціальних принципів ті особливості, які притаманні не всім речово-правовим інститутам, а лише окремим з них. Скажімо, для сервітутів таким принципом здавна вважалось правило, що сервітут не може полягати у здійсненні яких-небудь позитивних дій (*servitus in faciendo consistere non potest*) (Д. 8.1.15.1). Для власника це означало обов'язок терпіти дії суб'єкта сервітутного права, не перешкоджати здійсненню їх, і лише в деяких випадках – створювати сприятливі умови для цього¹³. Іншим правилом передбачається, що неможна мати сервітут на свою власну річ (Д. 8.2.26)¹⁴. Сервітут також не підлягає відчуженню (ч. 4 ст. 403 ЦКУ).

Принцип злиття речових прав – у разі існування в особі різних речових прав, строк дії яких на один і той самий об'єкт однаковий, більше за змістом речове право поглинає менше речове право, за умови, що зміст останнього передбачено у змісті більшого речового права.

Злиття речових прав також відбувається, якщо строк дії більшого за змістом речового права більший, ніж строк дії меншого за змістом речового права.

Ілюстрацією практичної дії такого принципу можуть бути наявні вже в цивільному законодавстві норми ЦКУ. Так, сервітут, емфітевзис та суперфіцій припиняють свою дію у разі поєднання в одній особі особи, в інтересах якої останні встановлені, і власника майна, яке було обтяжене відповідно чи сервітутом, чи емфітевзисом, чи суперфіцієм (п. 1 статей 406, 412, 416 ЦКУ). Між тим, правило сформульованого принципу не має застосовуватися у разі, коли менше речове право діє, скажімо, безстроково або впродовж більшого строку, а отримане пізніше більше речове право має менший строк дії. У цьому випадку менше за змістом речове право не може поглинатися більшим, оскільки не виконується один з пунктів основного правила – однаковий строк дії речових прав. В іншій ситуації, коли менше речове право має строковий характер, а більше – безстроковий, поглинання одного права іншим, тобто більшим меншого відбувається за другою частиною правила принципу злиття речових прав.

Для застосування до речових прав правила принципу їхнього злиття обов'язковою є умова, коли зміст одного речового права можна розглядати як одну із складових більшого за змістом речового права.

Підсумовуючи, зазначимо, що в рамках однієї статті звичайно не можна перелічити всі принципи речового права. До вищезгаданих додатково можна б було додати й інші – зокрема, принцип переважної дії речових прав. Між тим, важливо пам'ятати, що кожен принцип, введений у цивільне законодавство, здатний зробити свій внесок у подальше удосконалення механізму правового регулювання в сфері дії речового права, поліпшити позиції законодавства щодо врегулювання спірних ситуацій тощо. Без сумніву, щодо змісту та правила застосування кожного принципу речового права можна, а скоріше варто вести наукові дискусії, оскільки, як справедливо зазначив американський філософ та правознавець R. Dworkin, принципи є переконливими, проте не остаточними правилами¹⁵. Вони можуть підлягати критиці¹⁶. Однак, здатність принципів права визначати напрям руху його розвитку не має права бути недооціненою у правових реаліях України, у зв'язку з цим принципи речового права потребують окремого закріплення у ЦКУ.

¹ Гельвецій К. А. О человеке, его умственных способностях и его воспитании / К. А. Гельвеций. – М., 1938. – С. 329.

² Jacob J. I. H. The Fabric of English Civil Justice / J. I. H. Jacob. – London : Stevens & Sons, 1987 – P. 6.

³ Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. Л. Фріс. – К., 2005. – С. 50.

⁴ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV : за станом на 23 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

⁵ Про заставу : Закон України від 02.10.1992 № 2654-XII : за станом на 23 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/%D0%BF%D1%80%D0%BE%20%D0%B7%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%B2%D1%83>.

⁶ Житловий кодекс Української РСР : Закон України від 30.06.1983 № 5464-X : за станом на 23 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5464-10>.

⁷ Заочне рішення Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області у справі № 2-982/09 від 29 липня 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4252189>.

⁸ Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III : за станом на 23 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.

⁹ Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень : Закон України від 18.11.2003 № 1255-IV : за станом на 23 січня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1255-15>.

¹⁰ Харитонов Є. О. Цивільне право України / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. – К., 2007. – С. 9.

¹¹ Бентам І. Введення в основи моральності та законодавства. Основні начала Гражданского кодекса. Основныя начала Уголовного кодекса / І. Бентам. – СПб., 1867. – Т. 1. – С. 320.

¹² Библихин В. В. Введение в философию права / В. В. Библихин. – М., 2005. – С. 114.

¹³ Підпригора О. А. Римське право / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. – К., 2003. – С. 336.

¹⁴ Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М., 1997. – С. 305.

¹⁵ Dworkin R. Taking Rights Seriously / Ronald Dworkin. – London, 1977. – P. 45.

¹⁶ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права / С. А. Муромцев ; [вступит. статья, коммент. Ю. И. Гревцова]. – СПб., 2004. – С. 30.

Резюме

Розкрито та охарактеризовано зміст окремих принципів речового права, а також обґрунтовано доцільність закріплення принципів речового права у Цивільному кодексі України.

Ключові слова: речове право, принципи права, цивільне право, речові права.

Резюме

Раскрыто и охарактеризовано содержание отдельных принципов вещного права, а также обоснована целесообразность закрепления принципов вещного права в Гражданском кодексе Украины.

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 обставинами¹.

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 правопорушення². 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