

cept of executive procedure is set forth, the features of it realization are distinguished in executive process, intercommunications of judicial and executive procedure is set, which appears at inter-branch level, and also its correlation in a civil law process is defined.

Key words: judicial procedure, executive procedure, civil process, executive process, civil law process.

Отримано 11.04.2014

УДК 347.94.948/347.961.1

О. О. БАДИЛА

Оксана Олександрівна Бадила, здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ТА НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Сьогодні питання забезпечення доказів у нотаріальному процесі є досить актуальним, але мало дослідженим. Така неувага до забезпечення доказів стосується й цивільного процесу, де мають місце лише окремі роботи науковців¹, а в міжнародному цивільному процесі переважна більшість вчених стандартно позначають межі дослідження широко «попередні забезпечувальні заходи» або подібно², але розглядають лише способи забезпечення позову, як і в деяких інших роботах³.

Інститут забезпечення доказів існував і у дореволюційному цивільному процесі. Зокрема, вчений Є. В. Васьковський називав такі дії, як забезпечення позову, забезпечення доказів, об'єднання позовів та деякі інші, «ускладненнями процесу»⁴. Сучасні науковці відносять ці ж процесуальні заходи до процесуальних засобів забезпечення ефективності судочинства у цивільних справах⁵.

Сутність тенденцій у наданні важливого значення доказуванню деякі автори вбачають у тому, що «відмова від об'єктивної істини в цивільному судочинстві відповідає цілям і завданням сучасного цивільного процесу. Як альтернатива об'єктивній істині в роботі запропоновано ввести стандарт доказування, що існує в країнах з класичним змагальним судочинством. Стандарт доведення можна розглядати як критерій, відповідно до якого суд ухвалює рішення на користь тієї сторони, яка успішніше впоралася з виконанням покладеного на неї обов'язку доказування»⁶.

Непоследовність такої позиції буде аналізуватися в подальшому. Звернемо увагу на те, що М. А. Плюхина зазначає: «Запропоновано розділяти цілі цивільного судочинства на: безпосередні (захист прав суб'єктів) і опосередковані (зміцнення законності і правопорядку, запобігання правопорушенням, формування шанобливого ставлення до права і суду)»⁷. Однак останню позицію традиційно відносили до елементів об'єктивної істини, оскільки не може бути метою сторін лише змагання в доказуванні й дотримання вимог ЦПК.

З цього приводу І. В. Решетникова слушно застерігає: «Чекати ж від простого громадянина професійних юридичних знань просто не доводиться. Громадяни, не будучи юристами, іноді не в змозі самі визначити необхідні у справі докази, правильно реалізувати свої права, зробити своєчасні процесуальні кроки з забезпечення доказів тощо. Унаслідок швидкого розшарування суспільства за майновою ознакою в Росії далеко не кожен може сплатити послуги представника. З цієї причини введення змагального процесу в російську правову реальність може виявитися хворобливим, ніж це здається, і навіть здатне призвести до фактично нерівного становища сторін в процесі»⁸.

Тому можна виділяти мету, яка досягатиметься сторонами в окремій (конкретній) справі, та мету загальну щодо цивільного судочинства, але забезпечення доказів не може пов'язуватися лише із принципом змагальності. Зокрема, цікавою є інша думка цього ж автора, яким «обґрунтовано наявність процесуально-забезпечувальних заходів, що існують поряд з основним засобом, що забезпечує ефективність цивільного судочинства, – процесуальною формою. Ці засоби співвідносяться з процесуальною формою як приватне і загальне, оскільки, з одного боку, вони самі виступають частиною цивільної процесуальної форми, є її складовими, а з іншої – застосовуються при розгляді не всіх цивільних справ і лише за наявності певних обставин»⁹. Така гіпотеза так само не вписується в спрощену систему доказування, якою пропонується замінити об'єктивну істину, оскільки інтегруючи всі елементи і розглядаючи процесуально-забезпечувальні заходи в системі для досягнення ефективності цивільного судочинства, автор підіймається вище, ніж дослідження лише змагальності. Але остання позиція автора цікава для комплексного сприйняття процесуальних заходів, і у цієї концепції є свої послідовники.

Так, А. К. Сергеева зазначає: «... забезпечення доказів слід розглядати як особливу факультативну процесуально-забезпечувальну міру, направлену на невідкладну фіксацію у встановленому законом порядку

відомостей про факти з метою збереження доказів (у випадках, якщо є підстави побоюватися, що надалі їх надання суду або іншим органам стане неможливим або утрудненим), закріплення доказів для їх подальшого розкриття в суді, запобігання подальшому розвитку правового спору (звернення до суду)»¹⁰. Таке визначення є оригінальним і потребує докладного аналізу.

Зокрема, автор погоджується з даною думкою щодо факультативності забезпечення доказів, хоча вважає, що для окремих категорій справ така дія може бути обов'язковою. Наприклад, у справах окремого провадження діяльність суду відрізняється більш активною позицією, ніж у справах позовного провадження, тому у справах даного провадження суд може забезпечувати докази за власною ініціативою, наприклад, призначати судову експертизу згідно з ст. 239 ЦПК.

Але найважливішим аспектом даної думки є таке: «запобігання подальшому розвитку правового спору (звернення до суду)». Автор сприймає це положення актуальним і для української правової науки та практики. Однак забезпечення доказів у його буквальному розумінні не можна пов'язувати із запобіганням подальшому розвитку правового спору, оскільки збирання доказів спорів не вирішує, а лише демонструє перехід до активної позиції тієї сторони, яка в матеріальних правовідносинах вважає свої права порушеними. У зв'язку з цим сам факт звернення до суду можна пов'язувати з реалізацією особою права на судовий захист її порушених, оспоруваних, невизнаних прав чи інтересів. Отже, для правопорушника можуть настати негативні наслідки, і вони стають очевидними через те, що заявник вже перестає миритися з правопорушенням.

Тому забезпечення доказів слід пов'язувати з активними діями заінтересованої особи та виникненням цивільних процесуальних правовідносин.

Водночас важко однозначно погодитися з І. В. Решетніковою щодо її думки: «Розроблені моделі загальної і особливої частин доказового права. Загальна частина доказового права як комплексного процесуального інституту включає: поняття доказів, належність, допустимість, достовірність, достатність доказів, предмет доведення, факти, що не підлягають доведенню, обов'язок доведення, правових презумпцій (загальне положення), витребування і представлення письмових і речових доказів до суду, засоби доведення, підстави звільнення осіб від обов'язку свідчити в суді, забезпечення доказів, судові доручення, стандарт і стадії доказування»¹¹.

У даній концепції змішуються поняття, які слід розрізняти за матеріальними основами: докази та процесуальні засоби, які пов'язані з процесом доказування, що не вміщуються в доказове право. Хоча є й послідовники цієї концепції, які намагаються прилаштувати її до різних видів проваджень. У розвиток теорії доказового права (І. В. Решетнікова) обґрунтовується, що забезпечення доказів за структурною належністю є субінститутом доказового права. Крім того, аргументується, що субінститут забезпечення доказів являє собою міжгалузевий правовий субінститут, що є сукупністю норм, які регулюють діяльність спеціально уповноважених законом суб'єктів із забезпечення доказів з метою їх подальшого використання в суді та інших органах цивільної юрисдикції. Міжгалузевий характер норм, складових субінституту забезпечення доказів, визначається наявністю аналогічних інститутів у цивільному процесуальному і арбітражному процесуальному праві, нотаріальному провадженні й третейському розгляді. У зв'язку з цим обґрунтовується необхідність уніфікації правил забезпечення доказів у сфері цивільної юрисдикції¹². Але така думка є спірною, оскільки не можуть бути уніфіковані насамперед способи забезпечення доказів, зокрема у нотаріальному та судовому процесах. Це зумовлено різним процесуальним статусом суду і нотаріуса.

Проте, не відрізняючи особливостей забезпечення доказів у нотаріальному й судовому порядку, а уніфікуючи їх до єдиної процедури пішла законодавча влада України, регламентуючи в ст. 102 Закону України «Про нотаріат» забезпечення доказів нотаріусами, але тільки щодо ведення справ в органах іноземних держав. Відповідно до ч. 2 ст. 102 Закону України «Про нотаріат» дії для забезпечення доказів провадяться згідно з цивільним процесуальним законодавством України.

Отже, якщо свідок не з'явиться до нотаріуса, до нього можуть бути застосовані заходи процесуального примусу, включаючи привід (ст. 94 ЦПК), але такого не може бути. Українські адвокати посилаються на досвід своїх російських колег і вважають його позитивним і для української нотаріальної практики та вказують на те, що реалізація права забезпечення доказів через систему нотаріату забезпечена правом нотаріуса звернутися до суду для здійснення примусових заходів щодо свідків або експертів, які ухиляються від явки до нотаріуса¹³.

Парадокс полягає у тому, що О. Яценко як практикуючий адвокат не бачить продовження своєї пропозиції, оскільки, в такому випадку суд має зобов'язати свідка з'явитися до нотаріуса і дати показання? Виходить, що суд може зобов'язати свідків з'явитися не в судове засідання, а до нотаріуса? При цьому О. Яценко посилається на ст. 104 Основ законодавства РФ про нотаріат, а вона регламентує застосування норм іноземного права.

Якщо б про можливість і доцільність забезпечення доказів говорили нотаріуси, то така позиція була б зрозумілою, оскільки в такому разі збільшуватимуться їх доходи. Але коли така пропозиція надходить від адвоката, то потрібно знайти реальні витрати такого інтересу. Уявити собі допит свідка в суді можна, оскільки це доволі часто демонструють по телебаченню. Але при реальному допиті свідка, особливо викликаного іншою стороною, важливо грамотно поставити питання, а при недостатності наданої інформації поставити нові питання тощо. Тобто, процес допиту свідка лише умовно може вважатися простим явищем, а при допиті двох і більше свідків – складною системною роботою. Тому відповіді свідка на поставлені лише однією стороною питання, тим більше тоді, коли вона й клопотала його допитати, умовно можна назвати «напівфабрикатом». До цього слід додати, що суд не бачив свідка, не знає, в якому стані він знаходився, чи нервував при відповіді на питання. Тому позбавляти можливості суд поставити власні питання здається нераціональним і

неправильним. Дійсно, такий допит може бути цікавий лише адвокату, якому потрібні завідомо неправдиві показання свідка, щоб неправдивість таких показань не міг виявити ні суд, ні протилежна сторона.

Крім того, у цивільному судочинстві забезпечується повна фіксація судового засідання технічними засобами, отже, і допит свідка має здійснюватися у відповідній процедурі. Хоча О. Яценко вважає за можливе обмежитися протоколом, який підписується свідком, особами, які беруть участь у допиті, нотаріусом і скріпляти такий протокол його печаткою. У пропозиції даного автора навіть не відображається спеціальна процедура допиту свідка, згідно з якою йому роз'яснюються його права, він приводиться до присяги і лише потім не просто попереджається про кримінальну відповідальність за дачу неправдивих показань, а й підписується під попередженням¹⁴, як це передбачено ст. 180 ЦПК.

Найголовніше ж полягає в тому, що згідно зі ст. 307 КК РФ завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого чи висновок або свідчення експерта, свідчення фахівця, а також свідомо неправильно переведення в суді або при провадженні попереднього розслідування можуть ставати підставою для кримінальної відповідальності. Але ж допит свідків нотаріусом не може бути прирівняний до допиту в суді або при провадженні попереднього розслідування. Тому кримінальної відповідальності для свідків за неправдиві показання нотаріусу не наставатиме. Але про яку відповідальність може попереджати свідка нотаріус?

Якщо свідок не був попереджений про кримінальну відповідальність або вона для нього не настане, то такі показання не можна прирівнювати до такого засобу доказування, як показання свідків (ст. 57 ЦПК). Отже, адвокат протилежної сторони може просити суд не брати їх до уваги або вимагати, щоб свідка було допитано повторно, але в суді й за його участі, а не нотаріусом і лише у присутності заінтересованої особи.

Автору зустрічалися на практиці нотаріально посвідчені заяви осіб, яким відомі факти у справі, але вони в силу віку і хвороби не здатні були їхати в інші міста, тому вони викладали в таких заявах відомі їм особисто відомості та просили приєднати їх заяву до матеріалів справи, а у разі суперечності їх відомостей з іншими відомостями у справі просили їх допитати в порядку доручення судом за місцем їх проживання. Таке становище є виправданим хоча б тому, що відомості надійшли до суду і у разі сумніву в їх достовірності з боку іншої особи, яка бере участь в справі, вона може просити суд доручити допит свідка суду за місцем його проживання, а не нотаріусу. У разі ж відсутності заперечень юридична обставина може вважатися встановленою. Але пояснення, які були викладені особами-очевидцями подій чи яким відома певна інформація, що має значення для справи у заяві, на якій підпис особи був засвідчений нотаріально, суд розцінював як письмовий доказ, а не як показання свідка¹⁵.

Те ж саме, на думку автора, стосується призначення експертизи нотаріусом. Існують думки фахівців, які також вважають, що нотаріус може не тільки призначати експертизу, необхідну йому для вчинення нотаріального провадження, а й з іншою метою. Зокрема зазначається: «яскравим прикладом є ситуація, коли необхідно провести експертизу якості виконання послуг і робіт з обслуговування системи протипожежної сигналізації (за наявності обставин, що свідчать про те, що роботи належно не виконувалися, – при пожежі не спрацювала сигналізація і автоматична система пожежогасіння), але ж об'єкт не може залишатися без виправлення вказаної системи до моменту, коли суд призначить експертизу (це може бути декілька місяців) – є ризик пожежі, ризик притягнення до адміністративної відповідальності з штрафом на велику суму – Держпожнадгляд не чекатиме судової експертизи»¹⁶.

Слід звернути увагу, що автор цієї статі С. Крюков так само є адвокатом, але в запропонованій ним фабулі відсутній сенс, оскільки висновки про причини займання надають пожежники після пожежі, а питання про проведення експертизи і готовність до подальшої експлуатації об'єкта має надавати той, хто відновлюватиме пожежну сигналізацію. Тобто, у запропонованій фабулі втрачено предмет доказування та експертизи. Тому зрозуміло, що наступний фрагмент С. Крюковим надається в загальному і безпредметному змісті, а саме: «Призначення експертизи відбувається на підставі постанови нотаріуса, яка має включати відомості: дата постанови, реквізити нотаріуса, інформація про особу, за заявою якої призначається експертиза, перелік питань, з яких потрібний висновок експерта, найменування експертної установи, якій доручається проведення експертизи, або реквізити конкретного експерта. Після завершення нотаріальної дії протокол підписується нотаріусом і всіма особами, що беруть участь в процесі забезпечення доказів, а потім скріпляється печаткою нотаріуса. Кожній заінтересованій особі видається по одному примірнику кожного документа, складеного в порядку забезпечення доказів»¹⁷.

Зазначимо, що С. Крюков не вказує на ту обставину, що нотаріус має попереджати експерта про кримінальну відповідальність. Зазначене відповідає ст. 307 КК РФ, однак не відповідає ст. 103 Основ законодавства РФ про нотаріат, де передбачено, що експерт має попереджатися про відповідальність. Дійсно, крім кримінальної можна передбачити матеріальну відповідальність експерта, і нотаріус може про таку відповідальність попередити. Хоча при призначенні експертизи за постановою нотаріуса мала б передбачатися обов'язковість проведення експертизи, на заваді цьому стоїть сучасна практика роботи експертних установ, які працюють, як правило, за попередньою оплатою їх роботи. Це стосується навіть ухвал судів у цивільних справах, які, зазвичай, не виконуються, якщо не будуть внесені кошти до експертної установи.

Але ж в такому випадку заінтересовані особи вправі безпосередньо звернутися до експертної установи і замовити експертизу на підставі цивільно-правової угоди, оскільки і призначена нотаріусом, і замовлена особою експертиза не матимуть істотних відмінностей і їх не можна ототожнювати з експертизою, призначеною судом, коли експерт попереджається про кримінальну відповідальність. Але якщо експерт не буде попереджений нотаріусом як особою, яка уповноважена на виконання державної функції про кримінальну

відповідальність, то його висновок буде вважатися недопустимим доказом (ч. 1 ст. 59 ЦПК) і у подальшому не може братися судом до уваги, оскільки він одержаний з порушенням порядку, встановленого у ч. 13 ст. 53 ЦПК, ч. 4 ст. 147 ЦПК. Отже, і в питаннях призначення експертизи нотаріусом як заходу забезпечення доказів мають місце значні дискусійні питання.

Крім допиту свідків та призначення експертизи російським нотаріусам дозволяють здійснювати огляд письмових і речових доказів, з чим так само важко погодитися. Таку думку висловлюють і деякі українські вчені та пропонують процедуру такого огляду, буквально поширюючи процедури, які передбачені ЦПК на нотаріальний процес¹⁸.

Але проблемність вчинення даних проваджень щодо забезпечення доказів при їх проведенні нотаріусом, на думку автора, обумовлюється тим фактором, що оглядаючи письмові чи речові докази суд отримує безпосередню інформацію, а коли такі дії вчиняє нотаріус, то до суду надходять враження, отримані нотаріусом, а також те, що зафіксують спеціалісти. Суд же при ухваленні рішення не може в його основу покласти інформацію, яка ним особисто не отримана та не перевірена, він повинен оцінювати докази за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Жоден доказ для суду не має наперед встановленого значення (частини 1, 2 ст. 212 ЦПК).

Автор вважає, що такий вид забезпечення доказів, як фіксація інформації з комп'ютера, не може отожднюватися з більш широким положенням, запропонованим у ст. 103 Основ законодавства РФ про нотаріат, зокрема, як огляд письмових і речових доказів. На нашу думку, в даному конкретному випадку нотаріус здатен копіювати інформацію з електронного носія і засвідчити дійсність факту, що він здійснив копіювання з конкретного носія, наприклад, Інтернету, флешки тощо. Тут питання полягає лише в тому, що він має конкретно зазначити сайт, а, можливо, і шлях, яким він вийшов на сайт тощо. Але однозначно, що в цьому конкретному випадку отримана ним інформація має бути зафіксована на паперовому носії, щоб її неможливо було видозмінювати.

Слід звернути увагу і на деяку неузгодженість, яка має місце у ст.ст. 102 та 103 Основ законодавства РФ про нотаріат, оскільки у ст. 102 йдеться про те, що нотаріус забезпечує докази на прохання заінтересованих осіб, тобто в даному випадку використовується слово «особа» в множині, а у ст. 103 допускається вживати заходи забезпечення доказів без участі однієї зі сторін або заінтересованої особи. Така колізія по-перше може призвести до визнання заходів забезпечення доказів проведеними незаконно, оскільки процесуальні строки мають узгоджуватися із заявниками. По-друге, з буквального змісту ст. 102 Основ законодавства РФ про нотаріат випливає, що заінтересовані особи спільно діють.

У даному випадку слід брати до уваги той загальний аспект, що нотаріат є органом безспірної юрисдикції, тобто не займається вирішенням спірних справ. Коли ж пропонується нотаріусів залучати до спірних і тим більше – конфліктних ситуацій, які можуть мати місце в позовному провадженні, то у нотаріусів не існує владних важелів впливу на сторони. Якщо ж нотаріуси будуть звертатися за владною підтримкою до суддів, то сенс у нотаріальному порядку забезпечення доказів втрачатиметься, оскільки суди не повинні діяти в «інтересах приватних нотаріусів» і зобов'язувати громадян «підкорятися їх вимогам». Тому розглядаючи сутність забезпечення доказів у нотаріальному порядку, на нашу думку, необхідно виходити із сутності діяльності нотаріусів, а також їх правового статусу.

Давно минули ті часи, коли існували лише державні нотаріальні контори, які були елементом державної виконавчої влади, оскільки входили до структури Мін'юсту. Тепер поряд з державними нотаріусами діють приватні нотаріуси, які хоча й здійснюють державну функцію, але не повинні наділятися владними повноваженнями в силу їх особливого правового статусу.

Тому науково-практичні гіпотези щодо забезпечення доказів нотаріусами мають ґрунтуватися на безспірності нотаріального процесу, тобто, у разі згоди всіх заінтересованих осіб на вжиття заходів щодо забезпечення доказів, заходи, на нашу думку, можуть нотаріусами вчинятися. Якщо ж цього не трапилося, то згідно зі ст. 42 Закону України «Про нотаріат» будь-яка особа вправі зупинити вчинення нотаріального провадження навіть із забезпечення доказів шляхом звернення до суду.

У зв'язку з наведеним автор вважає за необхідне більш ґрунтовно ставитися до забезпечення доказів нотаріусом у різних життєвих ситуаціях. Наприклад, коли людина тривалий час переховується від небезпеки в різних правових ситуаціях або з сімейних чи інших причин, то потенційно може виникнути питання про визнання її безвісно відсутньою. у цьому випадку безспірним доказом знаходження її в живих може стати відповідний факт, що громадянин є живим, посвідчений нотаріусом. Дійсно, слід зауважити, що судом встановлюється безвісна відсутність і не можна її протиставляти доказу про знаходження особи в живих, оскільки в такому разі доцільно говорити про появу такої особи, встановлення місця її перебування або знаходження. Але при встановленні безвісної відсутності особи має місце умовне припущення, що вона жива, однак ця обставина вже не є безспірною. Саме тому щодо її прав і вживаються відповідні заходи охорони, а також настають інші правові наслідки.

Тому разом із встановленням в нотаріальному порядку факту, що особа є живою, раціонально посвідчувати й довіреність на право управління майном такої особи. Дана пропозиція ґрунтується на тому, що за сучасним демократичним устроєм у нашій державі людина вправі обирати самотійно свій шлях у житті, тому вона може піти у монастир, обрати відлюдний спосіб життя або переїхати до іншої країни тощо. Право, в цьому випадку, охоронятиме інтереси та права такої особи, якщо вона несподівано вийде із суспільних, сімейних, трудових відносин тощо.

Автор також вважає, що на сьогодні за допомогою нотаріального процесу можна забезпечувати докази для подальшого розгляду справ у судах та інших державних установах, як національних, так і іноземних, але такі способи забезпечення доказів нотаріусом та їх перелік має бути передбачений у Законі України «Про нотаріат» і формуватися з урахуванням специфіки діяльності нотаріуса, а не за аналогією із судом, як це нині передбачено у ст. 102 Закону.

З цією метою слід вивчати судову практику, широко обговорювати з фахівцями проблеми забезпечення доказів нотаріусами і розширювати їх компетенцію на всі правовідносини, у яких потенційно необхідна їх робота із забезпечення доказів. Зрозуміло, що остання гіпотеза має враховувати специфіку їх діяльності та виконувати ними функції.

При цьому в процесі забезпечення доказів велика роль має відводитися фахівцям, оскільки з проведеного автором опитування пересічних громадян із 50 осіб 48 серед відомих їм нотаріальних дій назвали посвідчення заповітів, довіреностей та договорів як три нотаріальні дії, і лише дві особи здатні були назвати видачу свідоцтв про право на спадщину та засвідчення вірності копій. Тому саме юридично обізнані фахівці здатні використовувати потенційні можливості нотаріату для охорони і захисту прав громадян. Це – істотна проблема, яку не можна вирішити без популяризації нотаріальної діяльності.

¹ Сергеева К. А. Обеспечение доказательств в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15. – Екатеринбург, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.disscat.com/content/obespechenie-dokazatelstv-v-grazhdanskom-i-arbitrazhnom-protseste>; Решетникова И. В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве: Автореф. докт. юрид. наук: 12.00.03 – гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право / И. В. Решетникова; Министерство общего и профессионального образования РФ; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 1997. – 46 с. – С. 43–46, 48 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1170388>

² Коровкин В. В. Предварительные меры обеспечения судебных споров в международном гражданском процессе: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / В. В. Коровкин. – Саратов, 2006. – 22 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1241406>; Павлова Н. В. Предварительные обеспечительные меры в международном гражданском процессе: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.03 – гражданское право; семейное право; предпринимательское право; международное частное право / Н. В. Павлова. – М., 2002. – 25 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1170734>; Шестакова К. Д. Анализ правовой природы предварительных обеспечительных мер в контексте международного гражданского процесса / К. Д. Шестакова // Журнал международного частного права. – 2005. – № 3 (49). – С. 25–45.

³ Михалина Ю. А. Обеспечительные меры в арбитражном процессе: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс / Ю. А. Михалина. – М., 2007. – 25 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1251393>

⁴ Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. – М., 1917.

⁵ Плюхина М. А. Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс / М. А. Плюхина. – Екатеринбург, 2002. – 22 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=118601>

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Решетникова И. В. Вказана праця.

⁹ Плюхина М. А. Вказана праця.

¹⁰ Сергеева К. А. Обеспечение доказательств в гражданском и арбитражном процессе // Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс. – Екатеринбург, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.disscat.com/content/obespechenie-dokazatelstv-v-grazhdanskom-i-arbitrazhnom-protseste>

¹¹ Решетникова И. В. Вказана праця. – С. 7, 8.

¹² Сергеева К. А. Вказана праця.

¹³ Яценко О. Забезпечення доказів нотаріусами, або сусідський досвід, якого не вистачає українським адвокатам // Юридичний журнал. – 2013. – № 5 (131). – С. 63.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Фурса С. Я. Забезпечення доказів нотаріусом // Теорія нотаріального процесу. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – С. 304–317.

¹⁶ Крюков С. Назначение экспертизы нотариусом [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://lawday.ru/texts/naznachenie_ekspertizu_notariusom.htm

¹⁷ Там само.

¹⁸ Баранкова В. В. Забезпечення доказів нотаріатом для іноземних судів // Проблеми теорії і практики цивільного судочинства. – Х.: Харків юридичний, 2008. – С. 896–906.

Резюме

Бадила О. О. Теоретичні основи забезпечення доказів у цивільному та нотаріальному процесі: порівняльний аспект.

У статті проаналізовано інститут забезпечення доказів, його способи у цивільному та нотаріальному процесах. Проаналізовано концепції вчених України та РФ й висловлено авторське бачення щодо проблемних аспектів забезпечення доказів у даних процесах та пропозиції з удосконалення теорії нотаріального процесу.

Ключові слова: суд, нотаріус, забезпечення доказів, показання свідків, експертиза, огляд речових та письмових доказів.

Резюме

Баділа О. А. Теоретические основы обеспечения доказательств в гражданском и нотариальном процессе: сравнительный аспект.

В статье проанализирован институт обеспечения доказательств, его способы в гражданском и нотариальном процессах. Проанализированы концепции ученых Украины и РФ, высказано авторское видение на проблемные аспекты обеспечения доказательств в данных процессах и предложения по усовершенствованию теории нотариального процесса.

Ключевые слова: суд, нотариус, обеспечение доказательств, показание свидетелей, экспертиза, осмотр вещественных и письменных доказательств.

Summary

Badyla O. Theoretical bases of providing of proofs in civil and notarial processes: comparative aspect.

The institute of providing of proofs is analysed in the article, his methods in civil and notarial processes. Analysed conceptions of scientists of Ukraine and Russian Federation and authorial vision is outspoken on the problem aspects of providing of proofs in these processes and suggestion on the improvement of theory of notarial process.

Key words: court, notary, providing of proofs, testimony of witnesses, examination, examination of material and writing proofs.

Отримано 3.03.2014

УДК 347.73

С. О. ДЗЮБА

Сергій Олегович Дзюба, бакалавр права, фахівець з права ТОВ «Єдина служба правової допомоги»

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІНТЕРНЕТ-ТРЕЙДИНГУ НА РИНКУ ФОРЕКС В УКРАЇНІ

У сучасних умовах розвитку ринкових відносин в Україні, вкладання коштів в інструменти ринку Форекс розглядається як одна з альтернативних форм інвестування. Таке інвестування може здійснюватися в одній з двох форм: інтернет-трейдингу або довірчого управління активами.

На сьогодні діяльність ринку Форекс в Україні загалом та інтернет-трейдинг зокрема врегульовані недостатнім чином. Незважаючи на наявність у низці нормативно-правових актів окремих положень, що регулюють дані відносини, залишається також чимало колізій та прогалин у чинному законодавстві. Це є причиною багатьох правових ризиків, з якими стикаються потенційні інвестори. Також слід звернути увагу на малу кількість наукових досліджень у даній сфері. Найбільш повно деякі теоретичні аспекти діяльності ринку Форекс в Україні було досліджено П. Матвеевим, В. Голубчіком та іншими, але враховуючи реалії урегульованості відносин інтернет-трейдингу станом на 2014 рік, існуюча теоретична база має бути доповнена новими науковими працями.

Метою даної статті є дослідження правової природи правочинів у сфері інтернет-трейдингу, які укладаються на ринку Форекс, визначення ступеня відповідності даних правочинів умовам чинного законодавства України, а також висвітлення проблеми відповідальності учасників правовідносин у даній сфері у випадку порушення ними умов таких правочинів та вимог чинного законодавства.

Ринок Форекс (від англ. «foreign exchange» – обмін іноземної валюти) як явище зародився у США після 1973 року. Його поява пов'язана з встановленням вільних курсів найбільш конвертованих іноземних валют, які стали залежати виключно від співвідношення попиту та пропозиції на них. Громадяни України отримали доступ до операцій на ринку Форекс у кінці 90-их років ХХ століття.

Фактично Форекс є сукупністю відносин з купівлі-продажу іноземної валюти для отримання прибутку від змін валютних курсів¹.

Поняття «інтернет-трейдинг» розкривається як діяльність з укладення угод купівлі-продажу іноземної валюти однією стороною на підставі вимог іншої сторони. При цьому, зв'язок між сторонами здійснюється з використанням мережі Інтернет.

Норми, що регулюють відносини інтернет-трейдингу на ринку Форекс, містяться у Цивільному кодексі України (ЦКУ), Податковому кодексі України (ПКУ), Законах України «Про банки і банківську діяльність», «Про національний Банк України», «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», «Про міжнародне приватне право». Підзаконними актами, що містять норми у даній сфері, є Постанови Правління Національного Банку України «Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання та закриття рахунків у національній та іноземній валюті» від 12 листопада 2003 № 492, «Про внесення змін до дея-