



Євген Фурса

кандидат юридичних наук,
спеціаліст з консульських питань
Генерального консульства України
(Дюссельдорф, Німеччина),
член Німецько-українського об'єднання юристів
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-2931-1393>
fursamfa@gmail.com

УДК 341.83

ПРЕДМЕТ ОСКАРЖЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ
АБО БЕЗДІЯЛЬНОСТІ КОНСУЛА
ПРИ ВЧИНЕННІ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ:
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

АНОТАЦІЯ. У світлі міграції громадян України та перебування їх в іноземних державах актуалізується питання надання їм якісних нотаріальних послуг у консульських установах і дипломатичних представництвах. Переваги саме консульського посвідчення нотаріальних документів, порівняно з аналогічними діями іноземних нотаріусів, полягають у тому, що не потрібна подальша легалізація нотаріального документа. Водночас нотаріальні послуги в консульських установах і дипломатичних представництвах надаються не завжди якісно, що негативно впливає на охорону й захист прав та інтересів українських громадян і юридичних осіб, негативно позначається на іміджі України за кордоном. Тому ці питання важко переоцінити, необхідна активна робота на предмет удосконалення механізму реалізації права таких осіб на подання скарги, що дасть змогу застерегти від виникнення подібних проблем у майбутньому.

Мета статті зводиться до обґрунтування нового погляду на проблему охорони та захисту прав громадян і юридичних осіб, які постраждали або вважають себе такими, що зазнали порушення власних прав, під час вчинення нотаріальної дії консулом. При цьому увагу приділено аналізу адміністративного та судового порядків захисту прав таких осіб.

Автор аналізує різні проблеми теорії та практики у сфері оскарження дії або бездіяльності консула при вчиненні нотаріальних дій, а також питання підсудності справ про оскарження діяльності чи бездіяльності консулів при вчиненні нотаріальних дій. Доводить, що за основу має братися характер спору про право, а тому і юрисдикція суду має визначатися за правилами про предмет справи (спору). Обґрунтовує твердження, що нотаріальна діяльність консулів має бути підпорядкована одночасно двом міністерствам: Міністерству юстиції України та Міністерству закордонних справ України.

© Євген Фурса, 2020

У статті виокремлюються підстави оскарження відмови у вчиненні нотаріальних дій або неправильності їх вчинення, зокрема: грубе поводження з громадянами; помилки при кваліфікації тих чи інших правовідносин; недосконалість норм законодавства.

Автор дійшов висновків, що у випадку, коли основними суб'єктами спору будуть, зокрема, сторони посвідченого консулом цивільного договору, то спір має розглядатися у порядку цивільного судочинства; а коли оскаржуватиметься відмова консула у вчиненні нотаріальної дії, то спір має розглядатися в порядку адміністративного судочинства. Існування скарги як окремого процесуального документа у сучасних умовах є недоцільним. Робить пропозиції для удосконалення законодавства, вважаючи неприпустимим обмеження прав громадян та юридичних осіб у виборі способу захисту власних прав, порушених консулом при вчиненні нотаріального провадження.

Ключові слова: консул; нотаріальні дії; нотаріальний акт; посвідчення правочинів; оскарження; підсудність.

У світлі міграції громадян України та перебування їх в іноземних державах актуалізується питання надання їм якісних нотаріальних послуг у консульських установах і дипломатичних представництвах. Переваги саме консульського нотаріального посвідчення документів, порівняно з аналогічними діями іноземних нотаріусів, полягають у тому, що не потрібна подальша легалізація нотаріального документа. Водночас нотаріальні послуги в консульських установах і дипломатичних представництвах, як свідчить судова практика, надаються не завжди якісно, що негативно впливає на охорону й захист прав та інтересів українських громадян і юридичних осіб, негативно позначається на іміджі України за кордоном. Тому ці питання важко переоцінити, потрібна активна робота на предмет удосконалення механізму реалізації права таких осіб на подання скарги, що дасть змогу застерегти від виникнення подібних проблем у подальшому.

Загалом, дослідженнями питань охорони та захисту прав громадян за кордоном займалися багато українських (А. Гулієв¹, Н. Кравченко², О. Святун³, Р. Єделєв⁴) та іноземних (А. Куліковська⁵, Е. Соловійов⁶, Г. Лапін⁷, О. Плотнікова⁸) науковців. Проте акцент у статті буде зроблено на дослідженні питань, що пов'язані з оскарженням відмови консула у вчи-

¹ Дипломатична та консульська служба: конспект лекцій (Гулієв А уклад, НАУ 2011).

² Н Кравченко, 'Міжнародно-правовий аспект охорони безспірних цивільних прав у нотаріальній діяльності дипломатичних представництв' (автореф дис канд юрид наук, 2013).

³ О Святун, 'Захист прав та інтересів громадян в практиці органів зовнішніх зносин України' (дис канд юрид наук, 2011).

⁴ Р Єделєв, 'Поняття та способи закріплення процедури здійснення делегованого консульського захисту' (2010) 2 Вісник Академії адвокатури України 115–9.

⁵ *Polski konsul w Lwowie 1987–2012* (Zieniewicz M, zebra i oprac, Kulikowska A współpr, Test 2012).

⁶ Э Соловьёв, *Основы консульского права: учеб. пособие* (Ось-89 2005).

⁷ Г Лапин, *Консульская служба: учеб. пособие* (2-е изд, перераб и доп, Международные отношения 2005).

⁸ О Плотникова, *Консульские отношения и консульское право: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности "Международные отношения" и "Международное право"* (Норма: ИНФРА-М 1999).

ненні нотаріальної дії або неправильним її вчиненням, а ці вузькі питання аналізувалися лише в окремих публікаціях таких учених, як О. Грінченко⁹, О. Доценко¹⁰, М. Сососнович¹¹, Т. Мітіна¹².

Мета дослідження зводиться до обґрунтування нового погляду на проблему охорони та захисту прав громадян і юридичних осіб, які постраждали або вважають себе такими, що зазнали порушення власних прав, під час вчинення нотаріальної дії консулом. При цьому увагу приділено аналізу адміністративного та судового порядків захисту прав таких осіб.

Для початку проведемо аналіз законодавства на предмет оскарження результатів нотаріальної діяльності або бездіяльності консулів. Для цього визначимо основні нормативні акти, яких мають дотримуватися консули при вчиненні нотаріальних дій. Згідно з буквальним змістом п. “f” ст. 5 Віденської конвенції про консульські зносини (далі – Віденська конвенція)¹³ консули виконують обов’язки нотаріуса, тобто їхня діяльність під час перебування за кордоном і вчинення нотаріальних дій прирівнюється до повноважень нотаріуса, тому й основним нормативним актом для них має стати Закон України “Про нотаріат” (далі – Закон про нотаріат)¹⁴. Зокрема, у Віденській конвенції, цілком виправдано, нічого не сказано про порядок оскарження дій консулів, оскільки це питання відноситься до юрисдикції країн, які делегують своїх представників в іноземні країни. Але діяльність консулів підпорядкована також багатостороннім і двостороннім міжнародним договорам, які укладені Україною з іншими державами, де так само питання оскарження результатів діяльності консулів не передбачено.

Отже, сучасна концепція контролю за діяльністю уповноважених державою на вчинення нотаріальних дій консулів має передбачати, що оскарженню підлягають нотаріальні дії або відмова у їх вчиненні. Це впливає зі змісту ст. 50 Закону про нотаріат. У частині 4 ст. 49 ідеться про те, що у разі відмови у вчиненні нотаріальної дії на вимогу особи, якій відмовлено, нотаріус або посадова особа, яка вчиняє нотаріальні дії, зобов’язана викласти причини такої відмови в письмовій формі та роз’яснити порядок її оскарження. Про відмову у вчиненні нотаріальної

⁹ О Грінченко, ‘Особливості правового статусу консула при виконанні нотаріальної функції: міжнародно-правовий аспект’ (дис канд юрид наук, 2005).

¹⁰ О Доценко, ‘Оскарження відмови консула у вчиненні нотаріальної дії або її неправильного вчинення’ (2017) 4 Цивілістична процесуальна думка 35–8.

¹¹ М Сососнович, ‘Цивільно-правова відповідальність консула за неправильно вчинену та відмову у вчиненні нотаріальної дії’ (2019) 1 Цивілістична процесуальна думка 30–3.

¹² Т Мітіна, ‘Оскарження нотаріальних дій, вчинених консулом’ (2019) 1 Цивілістична процесуальна думка 26–30.

¹³ Віденська конвенція про консульські зносини від 24 квітня 1963 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047#Text> (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁴ Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#n548>> (дата звернення: 26.08.2020).

дії нотаріус протягом трьох робочих днів виносить відповідну постанову. Отже, з останнього положення випливає, що оскарженню підлягає саме постанову про відмову, оскільки саме в ній документально оформляються причини й мотиви відмови, на кшталт судового рішення.

Якщо буквально дослідити п. 2.22 Положення про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України (далі – Положення), то в ньому визначена лише одна підстава для оскарження – відмова у вчиненні нотаріальної дії¹⁵, що не узгоджується зі змістом ст. 50 Закону про нотаріат. Ба більше, у п. 2.22 Положення встановлено зміст відповідної постанови: дата винесення постанови; прізвище, ініціали консула, який виніс постанову, найменування та адреса дипломатичного представництва чи консульської установи України; прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії, місце її проживання або найменування і місцезнаходження юридичної особи; про вчинення якої нотаріальної дії просила особа, що звернулася до консула (короткий зміст прохання); мотиви, з яких відмовлено в учиненні нотаріальної дії, з посиланням на чинне законодавство; порядок і строки оскарження *відмови* з посиланням на цивільне процесуальне законодавство.

У зв'язку з цим варто звернути увагу на декілька неузгодженостей, які впливають із наведених умов ст. 49 Закону про нотаріат і п. 2.22 Положення. По-перше, постанову консула про відмову у вчиненні нотаріальної дії не підпадає під жодну з наведених підстав для оскарження. З останньої цитати випливає, що оскарженню підлягає *відмова*, але вона оформляється у формі постанови, однак постанову як така не може кваліфікуватись як дія, бездіяльність і нотаріальний акт, оскільки на законодавчому рівні відсутнє визначення поняття “нотаріальний акт”.

Так, у наукових джерелах поняття “нотаріальний акт” сприймається неоднозначно.

Нотаріальний акт – документ, який видають нотаріальні органи, або за свідчення його, яке вказує на те, що нотаріальну дію вчинено. На підтвердження спадкових прав на майно, прав власності на частку в спільному майні подружжя, придбання житлового будинку з прилюдних торгів, при посвідченні юридичних фактів (що громадянин живий, перебуває у певному місці, тотожності громадянина з особою, зображеною на фото-

¹⁵ Положення про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України, затверджене наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України від 27 грудня 2004 р. № 142/5/310 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1649-04#o16>> (дата звернення: 26.08.2020).

картці), прийнятті на зберігання документів, передачі заяв видається свідоцтво нотаріальної контори¹⁶.

Приблизно так само сприймається нотаріальний акт і в інших джерелах.

При вчиненні кожної нотаріальної дії нотаріус видає певні документи або посвідчує документи, що підтверджують вчинення конкретної нотаріальної дії. Документ або його посвідчення, які вказують на те, що нотаріальну дію було вчинено, називають нотаріальними актами¹⁷.

Існують й інші думки вчених щодо сутності нотаріального акта, під яким розуміють виражене у процесуальній формі правозастосовне рішення нотаріуса в окремій справі (нотаріальному провадженні – Є. Ф.), яке містить його волевиявлення на вчинення нотаріальної дії чи вирішення окремого процесуального питання, прийняте ним на підставі норм матеріального та нотаріального процесуального права¹⁸. Тобто в наведених та інших джерелах поняття “нотаріальний акт” пов’язують із вчиненням й оформленням нотаріальної дії, а не з відмовою у її вчиненні.

По-друге, у п. 2.22 Положення вимагається вказати ‘порядок і строки оскарження відмови з посиланням на цивільне процесуальне законодавство’¹⁹, тобто передбачається лише можливість звернення до суду в порядку цивільного судочинства, але такий порядок не можна визнати однозначно правильним.

Так, згідно зі ст. 19 Консульського статуту України (далі – Консульський статут): ‘Рішення, дії чи бездіяльність консульських посадових осіб і консульських службовців може бути оскаржено в порядку підлеглості або до суду’²⁰, тобто відповідно до указу допускається альтернативний спосіб захисту особою порушених консулом прав, хоча й не зовсім однозначний. Так, з огляду на підпорядкування консулів Міністерству закордонних справ України можна говорити про те, що саме до цього Міністерства й мають спрямовуватися скарги за результатами діяльності консулів. Водночас слід брати до уваги, що Положення затверджене спільним наказом Міністерства юстиції України і Міністерства закордонних справ України, отже, нотаріальна діяльність консулів має бути одночасно підпорядкована двом міністерствам.

До цього висновку можна дійти з огляду на такі підстави:

¹⁶ ‘Нотаріальний акт’ (Юридичний словник-довідник) <<https://subject.com.ua/pravo/dict/708.html>> (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁷ Г Семаков та С Кондракова, *Нотаріат в Україні: курс лекцій* (МАУП 2001) 120.

¹⁸ О Снідевич, ‘Поняття нотаріального акту’ в Фурса С (заг ред), *Теорія нотаріального процесу: науково-практичний посібник* (Алерта, Центр учбової літератури 2012) 556.

¹⁹ Положення про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України (н 15).

²⁰ Консульський статут України, затверджений Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/94#o67>> (дата звернення: 26.08.2020).

– з аналізу ст. 1 Закону про нотаріат випливає, що консули входять до структури нотаріату;

– у ч. 2 ст. 2¹ Закону про нотаріат встановлено, що контроль за організацією нотаріату здійснюється Міністерством юстиції України;

– у ст. 7 Закону про нотаріат визначено, що посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, у своїй діяльності дотримуються Конституції України, законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, Міністерства юстиції України та його територіальних органів, а в Автономній Республіці Крим – також нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим і Ради міністрів Автономної Республіки Крим.

Отже, наведені положення дають можливість говорити про те, що консули при організації своєї діяльності і вчиненні нотаріальних дій певною мірою мають підпорядковуватися й Міністерству юстиції України.

Звернемо увагу на те, що в Консульському статуті застосовано більш звичний для адміністративного права термін “в порядку підлеглості”, що, однозначно, свідчить про повноваження на розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність консульських посадових осіб і консульських службовців у структурі Міністерства закордонних справ України. Отже, це положення зобов’язує враховувати структуру консульської установи України за кордоном. Так, у генеральних консульствах України за кордоном вчинення нотаріальних дій, як правило, покладається на консулів, віцеконсулів, а очолює такі установи генеральний консул, тому останній і має переглядати скарги на дії підпорядкованих йому підлеглих. Адміністративний порядок оскарження рішення, дії чи бездіяльності консульських посадових осіб і консульських службовців має враховувати підпорядкування таких осіб, оскільки вони можуть перебувати і в штаті дипломатичного представництва України за кордоном, на чолі якого – посол України в іноземній державі.

Відповідно до Закону України “Про звернення громадян” (далі – Закон про звернення громадян)²¹ і з урахуванням можливого конфлікту інтересів, громадяни та представники юридичних осіб мають право звертатися зі скаргами і до вищих посадових осіб Міністерства закордонних справ України, а не тільки до безпосередніх керівників консульських посадових осіб і консульських службовців.

Проте порядок реалізації права на звернення зі скаргою залежить від багатьох факторів, оскільки відповідно до ч. 4 ст. 5 Закону про звернення громадян звернення може бути усним чи письмовим. Реалізувати право на усне звернення зі скаргою в іноземній країні швидко і без істотних проблем можна на особистому прийомі у безпосереднього керівника

²¹ Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80#n28>> (дата звернення: 26.08.2020).

або за допомогою засобів телефонного зв'язку через визначені контактні центри, телефонні "гарячі лінії". Останній варіант подачі скарги ускладнюється тим фактором, що скарга подається не фахівцю, який здатен швидко оцінити ситуацію, прийняти рішення і втілити його. На "гарячих лініях" працюють фахівці, які здатні швидко записати "повідомлення" так, як воно було озвучено, передати його уповноваженій особі для прийняття рішення. Однак правильність рішення, що прийматиметься, залежатиме від вичерпності інформації та її якості. Тому можна рекомендувати громадянам усно оскаржувати результати нотаріальної діяльності за місцем вчинення нотаріальної дії або відмови у її вчиненні, але це не єдиний спосіб захисту їх прав, як зазначають окремі автори²². Відсутність у Законі про нотаріат та у Положенні адміністративного шляху оскарження результатів діяльності консула не означає його незаконність або неможливість реалізації, тим паче, що такий спосіб оскарження прямо визначений у Консульському статуті та Законі про звернення громадян.

Щодо письмових скарг на дії, бездіяльність або рішення осіб, які вчиняють нотаріальні дії за кордоном у консульських установах чи дипломатичних представництвах, то й тут потрібно дотримуватися положень Закону про звернення громадян. Так, нині допускаються такі способи передачі звернення адресату: поштою; особисто або через представника; через мережу Інтернет, засобами електронного зв'язку (електронне звернення). Але в цьому випадку допускається колізія, коли письмове звернення повинно мати певні реквізити й особистий підпис заявника із зазначенням дати, а в електронному зверненні застосування електронного цифрового підпису не вимагається. Вважаємо, що останній випадок можна сприйняти на межі анонімного звернення, коли адресата встановити неможливо. Тобто в такому разі, на нашу думку, будуть використовуватися час і сили службових осіб державних установ на перевірку інформації, яка цілком можливо компрометує державного службовця, але була надана з метою особистої помсти або з іншою метою, яку слід розцінювати як зловживання правом. У майбутньому консулу доведеться виправдовуватися за те, що його обмовили, а це буває дуже складно зробити...

Отже, варто, на нашу думку, визначати правову вартість, а точніше, значущість інформації, яка надається для перевірки, по телефону чи за допомогою засобів електронного зв'язку. Так, встановлюючи факти правопорушень із боку консульських посадових осіб і консульських службовців, слід акцентувати увагу на тому, що вони не є фахівцями в галузі нотаріату і ними, порівняно з нотаріусами, не можуть бути, оскільки не проходять аналогічної тривалої підготовки, не складають кваліфікаційних іспитів тощо. Тому варто поділити підстави для відмови у вчиненні

²² Доценко (н 10) 38.

нотаріальних дій або неправильність їх вчинення за декількома факторами:

– грубе поводження з громадянами, що є неприпустимим для працівників консульських установ та дипломатичних представництв і може слугувати підставою для дисциплінарної відповідальності;

– помилки при кваліфікації тих чи інших правовідносин, що зумовлено відсутністю глибоких знань у галузі матеріального, процесуального права України та іноземного законодавства тощо;

– недосконалістю норм законодавства і, зокрема, Положення, що стало причиною для відмови у вчиненні нотаріальної дії або неправильного її вчинення.

Не можна, на наше переконання, швидко й необґрунтовано реагувати на скарги громадян, оскільки маючи досвід тривалої роботи в консульській установі за кордоном, можна стверджувати, що українські громадяни доволі часто самі провокують конфлікти під час перебування у консульській установі України і висловлюють невдоволення стосовно тих питань, які не входять до компетенції осіб, що вчиняють нотаріальні дії... Зокрема, консульські посадові особи та консульські службовці особисто не встановлюють тарифи консульського збору. Такі тарифи визначені у загальних обсягах у Положенні про консульський збір України²³.

Громадяни ж звертають увагу на те, що мінімальна та максимальна межа тарифної ставки істотно різняться. Наприклад, за перевірку і захист спадкового майна встановлена тарифна ставка від 30 до 300 доларів, але це не дає підстави консульській посадовій особі “торгуватися” з громадянином, оскільки така ставка уточняється не ним, а Міністерством закордонних справ України за поданням відповідних дипломатичних представництв і консульських установ України за кордоном з урахуванням економічної ситуації в країні перебування та принципу взаємності. Тому в такій ситуації громадянам України слід оскаржувати не дії консульської посадової особи і консульського службовця, а відповідні нормативні акти, які ці питання регламентують, у встановленому законом порядку. Зокрема, принцип взаємності для конкретизації тарифів не можна вважати логічним й обґрунтованим, оскільки за кордоном перебуває значна частина громадян України, метою яких є заробіток, а отже, їхній рівень життя в іноземних державах дуже низький, порівняно з іноземцями з Європи, які приїжджають в Україну для відпочинку тощо. У зв'язку з цим принцип взаємності для врегулювання тарифної ставки навряд чи можна розцінювати таким, що вдало застосовується саме для громадян України.

²³ Положення про консульський збір України: наказ Міністерства закордонних справ України від 15 грудня 1999 р. № 217 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0610-18>> (дата звернення: 26.08.2020).

Загальний підхід до усунення проблем оскарження результатів діяльності консулів вважаємо таким: для вироблення механізмів застереження конфліктів слід періодично узагальнювати й аналізувати всю інформацію, що стосується звернень конкретної особи, яка вчиняє нотаріальні дії у певній консульській установі або дипломатичному представництві, а також у всіх таких установах. Після цього має відбуватися аналіз типових і нетипових звернень, вироблення спільно з Міністерством юстиції України заходів із протидії незаконним діям, рішенням або бездіяльності, а також планів підготовки осіб, які направлятимуться у відрядження та підвищення кваліфікації посадових осіб консульських і дипломатичних установ, які уповноважені на вчинення нотаріальних дій.

При цьому у зверненні Міністерства закордонних справ України передбачено: ‘Щодо оскарження дій консульських посадових осіб, які, на Вашу думку містять прояви корупції, прохання звертатися до Сектору з питань запобігання та виявлення корупції МЗС України: spk@mfa.gov.ua, +38 (044) 238-15-87²⁴. Але питання віднесення того чи іншого рішення, дії чи бездіяльності консульської посадової особи до корупційного правопорушення є непростим і входить до компетенції правоохоронних органів. Ба більше, згідно з п. “е” ч. 1 ст. 3 Закону України “Про запобігання корупції” посадові та службові особи органів дипломатичної служби розцінюються такими, що на них поширюється дія цього Закону²⁵.

Звернення ж громадян до Сектору з питань запобігання та виявлення корупції Міністерства закордонних справ України, на нашу думку, слід розцінювати як ще один зі шляхів адміністративного способу оскарження результатів діяльності консула. Тому таку кваліфікацію мають здійснювати уповноважені працівники цього Сектору, до яких звертається заявник, і переадресовувати таке звернення до уповноважених слідчих органів.

Щодо судового оскарження рішень, дій та бездіяльності консульської посадової особи і консульського службовця, то, на наше переконання, посилення у п. 2.22 Положення на цивільне процесуальне законодавство є застарілим і таким, що не відповідає змінам, які відбулися у законодавстві. Це можна пояснити тим, що Положення було затверджене 27 грудня 2004 р., а Кодекс адміністративного судочинства України був підписаний Президентом України 6 липня 2005 р.²⁶. Тобто до введення у дію судової реформи всі питання оскарження рішень, дій та бездіяль-

²⁴ ‘Розгляд звернень громадян’ (Посольство України в Республіці Корея) <<https://korea.mfa.gov.ua/konsulski-pitannya/1621-requests>> (дата звернення: 26.08.2020).

²⁵ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>> (дата звернення: 26.08.2020).

²⁶ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 26.08.2020).

ності адміністративних органів перебували під юрисдикцією суду в порядку цивільного судочинства.

Якщо ж уважно переглянути тенденції реформування правової системи України, то виявиться, що вона істотно ускладнюється, але, незважаючи на це, сучасні реформи щодо вирішення питання про оскарження дій консула відбуваються за стереотипами колишніх часів. Така тенденція властива і для наукових публікацій, коли цитується п. 8 розділу XI “Прикінцеві та перехідні положення” Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) у редакції від 18 березня 2004 р. і на цій базі робиться висновок про те, що ‘розгляд таких справ закономірно впливає із суті нотаріальної діяльності та спірних правовідносин’²⁷. Але ж у цій нормі було однозначно встановлено:

*Скарги, заяви щодо нотаріальних дій чи відмови у їх вчиненні, подані до набрання чинності цим Кодексом відповідно до глави 39 Цивільного процесуального кодексу України 1963 року, розглядаються за правилами позовного провадження (курсив наш. – Є. Ф.), встановленими цим Кодексом*²⁸.

Тобто акцент у цій нормі ставився саме на вже поданих, відповідно до норм чинного на той момент ЦПК України, скаргах, а не на тих, які будуть подаватися. Натомість із логіки законотворчої техніки впливає, що після розгляду судами поданих заяв у порядку цивільного судочинства інші заяви мають розглядатися за правилами іншого судочинства, враховуючи статус особи та функції, які вона виконує.

Тому важко однозначно погодитися з тими аргументами, що були наведені у Листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, адресованому головам апеляційних судів областей, міст Києва і Севастополя, Апеляційного суду Автономної Республіки Крим “Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні” (далі – Лист)²⁹. По-перше, не вважаємо доцільним поширювати результати обговорення питань про узагальнення судової практики розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні, що відбувалося на засіданні пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, у формі листа.

По-друге, у п. 2 цього Листа наведено буквально таке:

²⁷ Доценко (н 10) 36.

²⁸ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 26.08.2020).

²⁹ Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, адресований головам апеляційних судів областей, міст Києва і Севастополя, Апеляційного суду Автономної Республіки Крим <<https://ips.ligazakon.net/document/VRR00137>> (дата звернення: 26.08.2020).

Враховуючи норми ст. 50 Закону № 3425-ХІІ та норми Прикінцевих та перехідних положень Цивільного процесуального кодексу (ЦПК), справи щодо оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні повинні розглядатися в порядку позовного провадження як спір про право³⁰.

Тобто використовується абстрактне поняття “спір про право”, але спір про право може мати цивільно-правове, адміністративне або господарське “коріння”³¹, тому на базі лише цього терміна не можна припускати, що зазначена категорія справ має належати виключно до юрисдикції судів у порядку цивільного судочинства. Питання про віднесення цієї категорії справ до певного виду судочинства має вирішуватися у кожному конкретному випадку з урахуванням змісту позовних вимог.

По-третє, важко погодитися із такою рекомендацією:

Разом з тим процедура оскарження передбачає подання такого процесуального документа, як скарга, однак розгляд справи в порядку позовного провадження передбачає подання позовної заяви, а не скарги, тому назва та зміст ст. 50 Закону № 3425-ХІІ, сформульовані відповідно до положень ЦПК 1963 року, є застарілими, не відповідають чинному процесуальному законодавству, тому є необхідність викладення ст. 50 Закону № 3425-ХІІ в новій редакції. Проте з урахуванням вимоги ч. 1 ст. 2 ЦПК процесуальним документом, який подається до суду для вирішення спорів цієї категорії, є виключно позов. ЦПК не передбачає можливість розгляду таких справ за скаргами. І навіть, якщо позивач назвав свій процесуальний документ скаргою чи заявою, то суд в порядку ст. 121 ЦПК³² має усунути цей недолік та називати відповідний документ “позовом” чи “позовною заявою”³³.

Тобто суду пропонується усунути цей недолік і називати відповідний документ “позовом” чи “позовною заявою”. Це абсолютно неприпустимо, оскільки де-факто була подана скарга згідно з законом, а якщо змінюватимемо в документах суду назву самого документа, то останні не будуть відповідати фактичним матеріалам.

Отже, наявна дискусія, яка стосується не тільки і не стільки питання віднесення скарг на дії, нотаріальні акти та бездіяльність консулів до юрисдикції судів загальної юрисдикції чи адміністративних судів, скільки правильності визначення питань юрисдикції цих справ судам у тому чи іншому виді судочинства. Так, всі автори ставлять наголос на тому,

³⁰ Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні (н 29).

³¹ А Дика, ‘Спір про право у цивільно-правовому процесі’ (автореф дис канд юрид наук, 2019) 3.

³² Прим ред.: мова про ст. 121 “Залишення позовної заяви без руху, повернення заяви” ЦПК України у редакції, яка була чинна до 15 грудня 2017 р.

³³ Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні (н 29).

що в адміністративному судочинстві мають розглядатися справи, де бере участь суб'єкт, наділений владними повноваженнями³⁴. Але така позиція підлягає конкретизації, оскільки можна погодитися з тими авторами, які вважають, що під час вчинення нотаріальних дій нотаріуси не наділені владними повноваженнями. Водночас владні повноваження впливають зі статусу певних осіб, із тих конкретних владних повноважень, якими особа наділяється для виконання функціональних обов'язків тощо. Зокрема, розглянемо це питання відповідно до такого ланцюжка: державний нотаріус входить до структури державної нотаріальної контори, а остання – до Міністерства юстиції України, отже, всі вони разом являють собою центральний орган виконавчої влади³⁵.

Аналогічний висновок впливає і зі статусу Міністерства закордонних справ України, яке є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України³⁶. Отже, з огляду на статус Міністерства закордонних справ України, і його структурні підрозділи, і його посадові особи мають розцінюватися як владні. Для прикладу, порівняємо статус приватного нотаріуса з державним нотаріусом і консулом. Так, останні за вчинені нотаріальні дії отримують не дохід, а заробітну плату. За виявлені в їх діях помилки і правопорушення має відповідати держава, що впливає зі ст. 1174 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)³⁷, де однозначно встановлено, що шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадової або службової особи органу державної влади при здійсненні нею своїх повноважень, відшкодовується державою.

Отже, з наведеного випливає, що рішення, нотаріальні акти, дії або бездіяльність консулів мали б усі оскаржуватися в адміністративному порядку. Але з огляду на схеми відносин, коли основними суб'єктами спору будуть, зокрема, сторони посвідченого консулом договору, наприклад, дарування, який передбачений нормами ЦК України, то тут за основу має братися характер спору про право та юрисдикція суду, на нашу думку, має визначатися за правилами про предмет справи (спору). Як свідчить судова практика, є спори, які за своїм предметом підпадають під юрисдикцію цивільного суду. Так, суддя Івано-Франківського окружного адміністративного суду своєю постановою відмовив у відкритті

³⁴ Доценко (н 10) 37.

³⁵ Положення про Міністерство юстиції України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-%D0%BF>> (дата звернення: 26.08.2020).

³⁶ Положення про Міністерство закордонних справ України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 30 березня 2016 р. № 281 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/281-2016-%D0%BF>> (дата звернення: 26.08.2020).

³⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 26.08.2020).

провадження у справі, оскільки позов ОСОБА_1 до Міністерства закордонних справ України про визнання довіреності громадянки ОСОБА_3, посвідченої радником із консульських питань посольства України у Великій Британії ОСОБА_2, нечинною в Україні не є адміністративним, що, зі свого боку, виключає його розгляд у порядку адміністративного судочинства, оскільки з огляду на предмет цієї справи вона підлягає розгляду у порядку цивільного судочинства³⁸.

Водночас, коли оскаржуватиметься відмова консула у вчиненні нотаріальної дії, то основними суб'єктами в таких відносинах стають консул (а не Міністерство закордонних справ України, як зазначено у проаналізованому нижче рішенні адміністративного суду) та скаржник, тому спір має розглядатися у порядку адміністративного судочинства, якщо інше не буде прямо встановлено у законодавстві. У порядку адміністративного судочинства можуть розглядатися певні справи, які мають ознаки адміністративних спорів, наприклад, судова справа щодо оспорювання дій консула про незастосування пільг зі сплати державного мита при стягненні консульського збору³⁹.

До такого висновку спонукає положення п. 2 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України, де стороною публічно-правового спору може бути особа, яка надає адміністративні послуги на підставі законодавства, що уповноважує або зобов'язує надавати такі послуги виключно суб'єкта владних повноважень, і спір виник у зв'язку з наданням або ненаданням такою стороною зазначених послуг. Тобто у цій нормі очевидним є дисонанс, коли одночасно говориться про послуги та суб'єкта владних повноважень, оскільки складно сприймати владного суб'єкта у статусі надавача послуг. Однак саме законодавством України і Віденською конвенцією консули уповноважені надавати нотаріальні послуги. Вони входять до структури Міністерства закордонних справ України, як зазначалося раніше, – центрального органу виконавчої влади.

При цьому автор не підтримує позиції, що має існувати такий окремий вид процесуальних документів при зверненні до суду, як скарга. Схематично розглядаючи його існування у радянський період нашої держави, можна з великою імовірністю припустити, що держава на той час не визнавала можливості порушень прав громадян із боку державних установ і не бажала відповідати за дії посадовців, тому розгляд скарги, по суті факт правопорушення, зводився до того, що суд зобов'язував уповноважену посадову особу зробити все згідно з законом й усунути правопорушення. Водночас факт правопорушення слід пов'язувати із завданою громадянину шкодою, що, зокрема, впливає зі ст. 23 ЦК

³⁸ Постанова Івано-Франківського окружного адміністративного суду від 23 червня 2015 р. у справі № 809/1932/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/45397504>> (дата звернення: 16.08.2020).

³⁹ Рішення окружного адміністративного суду міста Києва від 1 жовтня 2019 р. у справі № 640/6869/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/84629591>> (дата звернення: 16.08.2020).

України. Тому і було введено поняття “скарга”, яке не передбачало матеріальної відповідальності держави за наслідками діяльності уповноваженої нею особи, та, як свідчить аналіз законодавства тих часів, були внесені відповідні зміни у нього.

Отже, існування скарги як окремого процесуального документа у сучасних умовах здається недоцільним. Так, нині лише від волі позивача залежить, чи буде він пред’являти матеріальну претензію за завдану шкоду чи визначить у прохальній частині позовної заяви тільки вимогу про усунення правопорушення.

Висновки. З урахуванням численних висновків, які зроблені автором у викладі основного матеріалу, вважаємо неприпустимим обмеження прав громадян та юридичних осіб у виборі способу захисту власних прав, порушених консулом при вчиненні нотаріального провадження, тому норми законодавства на предмет визначення і конкретизації адміністративного та судового способів захисту таких прав потребують удосконалення. При цьому сучасна концепція захисту таких прав має спиратися на положення про те, що права особи можуть бути порушені консулом його незаконними діями, бездіяльністю, коли він мав вчинити нотаріальну дію, нотаріальним актом і його постановою.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Lapin G, *Konsul'skaja sluzhba: ucheb. posobie* (2-e izd, pererab i dop, Mezhdunarodnye otnoshenija 2005) (in Russian).
2. Plotnikova O, *Konsul'skie otnoshenija i konsul'skoe pravo: uchebnik dlja studentov vuzov, obuchajushhihsja po specyjalnosti “Mezhdunarodnye otnoshenija” i “Medunarodnoe pravo”* (Norma: INFRA-M 1999) (in Russian).
3. Semakov H ta Kondrakova S, *Notariat v Ukraini: kurs leksii* (MAUP 2001) (in Ukrainian).
4. Solov'ev Je, *Osnovy konsul'skogo prava: uchebnoe posobie* (Os'-89 2005) (in Russian).

Edited books

5. *Polski konsulat we Lwowie 1987–2012* (Zienierwicz M zebr i oprac, Kulikowska A współpr, Test 2012) (in Polish).
6. *Dyplomatychna ta konsulska sluzhba: konspekt leksii* (Huliiiev A uklad, NAU 2011) (in Ukrainian).
7. Snidevych O, ‘Poniattia notarialnoho aktu’ v Fursa S (zah red), *Teoriia notarialnoho protsesu: nauково-praktychnyi posibnyk* (Alerta, Tsentr uchbovoi literatury 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

8. Dotsenko O, ‘Oskarzhennia vidmovy konsula u vchynenni notarialnoi dii abo yii nepravylnoho vchynennia’ (2017) 4 Tsyvilistychna protsesualna dumka 35–8 (in Ukrainian).

9. Mitina T, 'Oskarzhenia notarialnykh dii, vchynenykh konsulom' (2019) 1 Tsyvilistychna protsesualna dumka 26–30 (in Ukrainian).
10. Sososnovych M, 'Tsyvilno-pravova vidpovidalnist konsula za nepravylno vchynenu ta vidmovu u vchynenni notarialnoi dii' (2019) 1 Tsyvilistychna protsesualna dumka 30–3 (in Ukrainian).
11. Yedeliyev R, 'Poniattia ta sposoby zakriplennia protsedury zdiisnennia delehovanoho konsulskoho zakhystu' (2010) 2 Visnyk Akademii advokatury Ukrainy 115–9 (in Ukrainian).

Theses

12. Hrinenko O, 'Osoblyvosti pravovoho statusu konsula pry vykonanni notarialnoi funktsii: mizhnarodno-pravovyi aspekt' (dys kand yuryd nauk, 2005) (in Ukrainian).
13. Dyka A, 'Spir pro pravo u tsyvilistychnomu protsesi' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).
14. Kravchenko N, 'Mizhnarodno-pravovyi aspekt okhorony bezspirnykh tsyvilnykh prav u notarialnii diialnosti dyplomatychnykh predstavnytstv' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2013) (in Ukrainian).
15. Sviatun O, 'Zakhyst prav ta interesiv hromadian v praktytsi orhaniv zovnishnykh znosyn Ukrainy' (dys kand yuryd nauk, 2011) (in Ukrainian).

Websites

16. 'Notarialnyi akt' (*Iurydychnyi slovnyk-dovidnyk*) <<https://subject.com.ua/pravo/dict/708.html>> (accessed: 26.08.2020) (in Ukrainian).
17. 'Rozghliad zvernenn hromadian' (*Posolstvo Ukrainy v Respublitsi Koreia*) <<https://korea.mfa.gov.ua/konsulski-pitannya/1621-requests>> (accessed: 26.08.2020) (in Ukrainian).

Yevhen Fursa

SUBJECT OF APPEAL AGAINST AN ACT OR OMISSION
OF THE CONSUL WHEN PERFORMING NOTARIAL ACTS:
CURRENT ISSUES

ABSTRACT. Considering the migration of Ukrainian citizens when a huge number of them stay in foreign countries, the issue of providing them with quality notary services in consular offices and diplomatic missions is relevant. The advantages of the consular certificate of notarial acts in comparison with similar actions of foreign notaries are that the further certification of the notarial act is not required. At the same time, notary services in consular offices and diplomatic missions are not always provided with quality, which negatively affects the protection and defence of the rights and interests of Ukrainian citizens and legal entities, negatively affects Ukraine's image abroad. Therefore, these issues are difficult to overestimate, and active work is needed to improve the mechanism for exercising the right of such persons to file a complaint, which will prevent similar problems in the future.

The purpose of the study is to substantiate a new view on the problem of protection and defence of the rights of citizens and legal entities who have suffered or consider themselves to have suffered a violation of their rights at the time of the performance of a notarial act by the consul. Hereat, a broad view of this issue is to analyse the administrative and judicial procedures for the protection of the rights of such persons.

Євген Фурса

The author analyses various problems of theory and practice in the field of appealing against an act or omission of the consul when performing notarial acts. The author substantiates that consular notary services should be subordinated, simultaneously, to two ministries: the Ministry of Justice and the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine.

The article highlights the grounds for appealing against the refusal to perform notarial acts or incorrect performance of them, in particular: ill-treatment of citizens, which is unacceptable for employees of consular offices; errors in the qualification of certain legal relations; imperfection of legislation. The author analyses the issue of jurisdiction over appeals against an act or omission of the consul when performing notarial acts and argues that the nature of the dispute should be taken as a basis, and therefore the jurisdiction of the court should be determined by the rules of the case (dispute).

The author concluded that in the event that the main parties of the dispute will be, in particular, the parties to the civil contract certified by the consul, the dispute should be considered in civil proceedings; and when the refusal of the consul to perform a notarial act is challenged, the dispute must be considered in administrative proceedings. The existence of a complaint as a separate procedural document, under present-day conditions, is not appropriate. The author proposes to improve the legislation, considering it unacceptable to restrict the rights of citizens and legal entities in choosing the method of protection of their own rights, violated by the consul during the notarial proceedings.

KEYWORDS: consul; notarial acts; notarial deed; certification of transaction; appeal; jurisdiction.