

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ: УКРАЇНСЬКИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ КОНТЕКСТ

біла церква
2022

**БІЛОЦЕРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ
АГРАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

***Концептуальні засади
механізму захисту прав
людини: український та
міжнародний контекст***

БІЛА ЦЕРКВА 2022

Рекомендовано до друку рішенням Вченої ради Білоцерківського національного аграрного університету (протокол №4 від 31.05.2022 р.)

Рецензенти:

Чистоклетов Леонтій Григорович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного та інформаційного права Інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка».

Бєлов Дмитро Миколайович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права та порівняльного правознавства юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет».

Концептуальні засади механізму захисту прав людини: український та міжнародний контекст: колективна монографія / Кол. авторів. Біла Церква: Білоцерківський національний аграрний університет, 2022. 430 с.

У колективній монографії проаналізовано внесок міжнародно-правової системи захисту прав людини у розвиток нормативно-правового регулювання захисту прав людини в Україні в контексті розвитку міжнародного права, відповідності українського законодавства міжнародно-правовим нормам у сфері прав людини, а також практики застосування цих норм міжнародними та національними контрольними і правозахисними органами. Розглядається участь України у всесвітніх та регіональних міжнародних правозахисних структурах та органах.

Монографія зацікавить юристів-міжнародників, викладачів, студентів та аспірантів юридичних факультетів вищих навчальних закладів, а також практиків, усіх, хто цікавиться проблемами сучасного міжнародного права.

The collective monograph analyzes the contribution of the international legal system of human rights protection to the development of legal regulation of human rights protection in Ukraine in the context of international law, compliance of Ukrainian legislation with international human rights law, and the practice of international and national law. control and human rights bodies. Ukraine's participation in global and regional international human rights structures and bodies is considered.

The monograph will be of interest to international lawyers, teachers, students and graduate students of law faculties of higher education institutions, as well as practitioners, all who are interested in the problems of modern international law.

© Колектив авторів, 2022

© Білоцерківський національний аграрний університет, 2022

Офіційний сайт: <http://www.btsau.edu.ua/>

ЗМІСТ

<i>Передмова (Нікітенко О.І.)</i>	5
<i>Правове регулювання права особи на свободу переміщення: міжнародний та національний досвід (Бровко Н.І.)</i>	7
<i>Генеza адміністративного судочинства в Україні (Нікітенко О.І.)</i>	44
<i>Правова природа економічних, соціальних та культурних прав: міжнародний аспект (Ковальчук І.В.)</i>	80
<i>Особливості захисту майнових та земельних прав суб'єктів господарювання у європейському суді з прав людини (Настіна О.І.)</i>	117
<i>Особливості неюрисдикційного захисту цивільних прав (Пахомова А.О.)</i>	164
<i>Право особи на безпеку: поняття, ознаки, обмеження (Макарчук В.В.)</i>	196
<i>Державна підтримка добровільного об'єднання територіальних громад в забезпеченні окремих прав в умовах сьогодення (Поляруш-Сафроненко С.О.)</i>	243
<i>Нормативно-правові гарантії забезпечення та захисту фундаментальних прав людини у європейському союзі (Мельник О.Г.)</i>	278
<i>Право на життя в системі прав людини та його співвідношення з іншими юридичними правами (Аргат Я.П.)</i>	315
<i>Проблеми впровадження механізму реалізації та захисту приватних прав (Єфремова І.І.)</i>	348
<i>Правове регулювання процедури захисту екологічних прав людини в контексті міжнародного та національного законодавства (Обіюх Н.М.)</i>	380
<i>Список використаних джерел та літератури</i>	405

ПАХОМОВА А.О.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

ОСОБЛИВОСТІ НЕЮРИСДИКЦІЙНОГО ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Існування соціуму нереально без явищ порушення або загрози порушення суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів особи. Завдання цивілістичної науки – на основі теоретичних досліджень розробити ефективний і надійний механізм цивільно-правового регулювання суспільних відносин, запропонувавши законодавцю шляхи подальшого вдосконалення юридичних норм, спрямованих на запобігання або усунення несприятливих наслідків згаданих явищ. Одночасно необхідним є ретельний аналіз практики застосування відповідних норм.

Цивілістична теорія захисту за останні майже двадцять років, що минули з часу прийняття Цивільного кодексу України, розвивається стрімкими темпами. Цьому багато в чому сприяє і збільшення кількості майнових суперечок на тлі економічних перетворень, що відбуваються в країні, а також активне використання представниками різних наукових шкіл порівняльно-правового інструментарію.

Прийняття нових законів матеріального та процесуального права, новизна правовідносин, які регулюються нормами цих законів, складність цивільно-правових конфліктів, що виникають з цих правовідносин, вимагають високого рівня правової захищеності, дотримання принципу законності всіма членами суспільства.

Як відомо, праву властива як регулятивна, так і охоронна функція, тобто норми регулюють суспільні відносини в непорушеному стані або норми

виступають в формі захисту порушених прав та інтересів, тобто регулювання відносин у конфліктній ситуації.

Однією з актуальних проблем сучасного права є забезпечення захисту прав громадян. Від предмета захисту залежить і її форма, яка повинна відповідати правовим нормам. У свою чергу, слід зауважити, що форма захисту не залежить від волевиявлення зацікавлених осіб, вона обов'язково визначається нормою права.

Тільки закон дозволяє зацікавленим особам вибрати форму захисту. Такою формою може бути традиційна – юрисдикційна, яка передбачає встановлення органу і процедури здійснення захисту порушених прав²⁰⁷.

Іншою формою захисту прав може бути неюрисдикційна (але безумовно дозволена законом), до якої можуть вдатися зацікавлені особи.

З повною впевненістю можна вважати конфлікт перешкодою в здійсненні права. Цивільно-правовий конфлікт сьогодні може набувати різних форм, це: суперечка про право, встановлення юридичних фактів, оспорування нормативного правового акту, оспорування дії (бездіяльності) посадової особи, визнання безперечного права власності на нічийну нерухому річ тощо.

Усунення названих конфліктів можливе лише юрисдикційної формою. Суперечка ж про цивільне право може бути вирішена дозволеною нетрадиційною формою - заходами щодо самостійної захисту прав (самозахист, утримання, переговори тощо).

Неюрисдикційна форма захисту цивільних прав являє собою самостійний захист особою своїх порушених прав. Тобто особа не звертається до компетентних державних органів. По факту це вчинення фактичних дій спрямованих на охорону і забезпечення своїх особистих майнових та інших немайнових прав.

Чи ефективні дані дії? Багато в чому так. Адже неюрисдикційна форма захисту прав передбачає фактичні дії не передбачені, але і не заборонені законом. Вони дозволяють швидко і оперативно забезпечити охорону своїх прав.

²⁰⁷ Кузнецова Н. С. Развитие гражданского законодательства Украины: проблемы и перспективы. Альманах цивилистики : Сборник статей. Київ : Правова єдність. 2008. Вып. 1. 142 с.

В цьому ж і полягає сутність такої форми захисту, тобто фактичні дії, не заборонені законом, виконуються особою самостійно без втручання правомочних органів і посадових осіб.

Слід зауважити, що тут мова йде про неюрисдикційну форму захисту права власності.

Не можна змішувати поняття «досудовий порядок вирішення спору», «несудова форма цивільної юрисдикції» (нотаріат, третейські суди) і «неюрисдикційна форма захисту», при якій не беруть участі певні державні або суспільні органи для вирішення правового конфлікту.

При цьому не слід забувати, що держава встановлює цю форму захисту шляхом прийняття норм права, які дозволяють вдатися до нетрадиційних форм врегулювання правового конфлікту.

Сторони суперечки в цьому випадку за згодою можуть використовувати такі засоби, як переговори, претензійний порядок врегулювання спору, посередництво (медіація), самозахист і різновид останньої - утримання.

Переговори є найбільш доступним ефективним засобом врегулювання конфліктів, вони не створюють ризику для сторін, спрямовані на конструктивне обговорення проблеми. Такий засіб врегулювання спору дає можливість сторонам домовитися про певні рішення, взаємні поступки, що сприяє збереженню партнерських відносин.

Одним із заходів врегулювання конфлікту є самозахист. У правовій літературі не існує єдиного теоретичного поняття самозахисту.

Одні вчені під самозахистом розуміють «вчинення особою не заборонених дій фактичного порядку, спрямованих на охорону прав або інтересів ...» Інші – розглядають самозахист як дозволений фізичний вплив на правопорушника. Треті самозахистом називають «застосування заходів захисту уповноваженими суб'єктами матеріально-правових відносин самостійно без звернення до юрисдикційного органу»²⁰⁸.

²⁰⁸ Цивільне право України : підручник : в 2 т. Т. 2 / за ред. Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубєвої. Харків : Одиссей, 2018. С. 252.

Ще одним видом позасудового захисту є нотаріальний захист. Під нотаріальним захистом прав і законних інтересів розуміється як система заходів матеріально-правового порядку, що застосовується з метою усунення перешкод на шляху здійснення права, так і діяльність по застосуванню цих заходів, що здійснюється нотаріусами в певній процесуальній формі.

Видаючи норми права і, тим самим, надаючи можливість виникнення на їх основі суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, держава зобов'язана передбачити і відповідну форму їх захисту. Сьогодні у уповноваженого суб'єкта є широкий вибір форм захисту його цивільних прав. Однак, наявність декількох форм захисту права ставить перед законодавцем проблему розмежування їх використання. А отже перед суб'єктом права постає питання про ефективність і доцільність використання тієї чи іншої форми захисту.

Здається, що буде логічним спочатку розглянути види форм захисту цивільних прав та виділити в них особливості, що впливають на визначення самого поняття «форма захисту».

Беручи за основу своєї класифікації форм захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів коло суб'єктів, уповноважених здійснювати захист, Г. П. Арєф'єв виділяє державну, суспільну, самозахист, змішану і третейську форми. При цьому, на думку автора, до державних форм захисту суб'єктивних прав слід віднести судову, арбітражну і адміністративну, а до громадської формі - діяльність по захисту прав і інтересів, здійснювану товариськими судами, профспілковими комітетами, правліннями колгоспів, товариства і кооперативу²⁰⁹.

В. П. Воложанин виділяє самостійний захист права, захист, здійснюваний юрисдикційними органами, громадський захист. Захист, здійснюваний юрисдикційними органами автор поділяє на захист в спірному і безспірному порядку²¹⁰.

²⁰⁹ Цивільне право України : навчал. посіб. / за заг. ред. Є. О. Мічуріна. Харків : Юрєвіт, 2018. С. 60.

²¹⁰ Дзера О., Бондар Т., Кузнецова Н. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2018. С. 18.

С. В. Курильов класифікує форми захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів за характером зв'язку юрисдикційного органу із сторонами спору, виділяючи при цьому: 1) вирішення спору юрисдикційним актом однієї зі сторін спірних правовідносин; 2) вирішення спору актом органу, який не є учасником спірних правовідносин, але пов'язаного з одним або обома учасниками спірних правовідносин визначено-правовими або організаційними відносинами; 3) вирішення спору органом, який не є учасником спірних правовідносин і не пов'язаний з ним правовими або організаційними відносинами крім процесуальних.

Виходячи з природи юрисдикційного органу, Д. М. Чечот виділяє судову, арбітражну, адміністративну, нотаріальну та громадську форми захисту²¹¹.

За аналогічними показниками класифікує форми захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів і Ю. К. Осипов, виділяючи державну, суспільну, змішану і третейську форми вирішення юридичних справ. При цьому державну форму вищевказаний автор ділить на адміністративну, арбітражну і судову; громадську – на профспілкову, колгоспну і кооперативну; змішану – на паритетну (орган, який розглядає спір про право, складається з рівної кількості представників зацікавлених сторін) і спільну (суперечка розглядають кілька самостійних органів одночасно), третейську – на вирішення справ судом, утвореним за угодою між громадянами і за згодою між організаціям.

На думку М. Й. Штефана, законодавством передбачені судова, громадська та адміністративна форми захисту суб'єктивних цивільних прав²¹².

В.С. Білих проводить градацію форм захисту цивільних прав також за суб'єктами, що реалізовує охоронну функцію права. Він виділяє захист, здійснюваний органами спеціальної юрисдикції (суд, арбітраж, третейські суди тощо), захист, здійснюваний органами загальної, галузевої та міжгалузевої компетенції (міністерства, відомства, державні комітети), а також безпосередньо захист порушених або оспорюваних прав (врегулювання господарських спорів в

²¹¹ Дзера І.О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. Київ : Юрінком Інтер, 2001. С.82.

²¹² Штефан М.Й. Цивільний процес. Київ, 2017. 283 С.73.

претензійному порядку, безспірне списання заборгованості на вимогу кредитора, самозахист порушених прав в ситуаціях крайньої необхідності тощо).

А. П. Сергєєв зазначає, що «захист суб'єктивних цивільних прав і охоронюваних законом інтересів здійснюється у передбаченому законом порядку, тобто за допомогою застосування належної форми, засобів і способів захисту». Автор пропонує виділяти юрисдикційну і неюрисдикційну форму захисту в якості основних²¹³.

Юрисдикція являє собою межі компетенції того чи іншого суду або будь-якого органу державної влади. Тобто юрисдикція визначає межі реалізації повноважень того чи іншого владного суб'єкта суспільних відносин. Таким чином, коли питання стосується неюрисдикційних форм захисту прав, то мова йде про те, що суб'єкт певних відносин, ніби фізична або юридична особа здійснює захист своїх прав самостійно. Тобто за фактом, можна сказати що така форма захисту своїх прав може називатися самозахистом.

Головні питання: якою є сутність неюрисдикційного захисту цивільних прав, наскільки вона ефективна і чим відрізняється від інших форм захисту цивільних прав?

З огляду на положення Цивільного кодексу України, чинного цивільного законодавства в цілому, а також теоретичні положення і практику, можна з упевненістю відповісти на дані питання.

Для початку необхідно розібратися з сутністю самого захисту цивільних прав та їх здійснення.

Здійснення цивільних прав це завжди реалізація конкретною особою такого роду можливостей, які в єдності своїй сукупності складають зміст належить такій особі права.

ЦКУ своїми положеннями передбачив підстави для виникнення цивільних прав та обов'язків, які, в сенсі цього закону виникають:

- з договорів

²¹³ Kot O.O. Protection Of Subjective Civil Rights In The Mechanism Of Legal Regulation. Journal of the national academy of legal sciences of Ukraine. 2018. Vol. 25, no. 2. P. 83–98. URL:<https://doi.org/10.31359/1993-0909-2018-25-2-83>

- з актів державних органів
- з судових рішень
- в результаті придбання майна
- в результаті створення творів науки, літератури, мистецтва.
- як наслідок безпідставного збагачення
- в результаті інших дій громадян і юридичних осіб.

У Цивільному кодексі України закріплено, що відмова громадян і організацій від реалізації наявних у них прав, в свою чергу не тягне за собою припинення таких прав, якщо не брати до уваги передбачені законом.

Цивільний кодекс чітко закріплює межі здійснення цивільних прав. Не можна здійснювати громадянам і організаціям дії, з метою заподіяння шкоди іншим особам. Заборонено використання цивільних прав з метою обмеження конкуренції, а також зловживання переважаючим статусом на ринку²¹⁴.

Захист цивільних прав являє собою процес реалізації заходів щодо захисту суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів.

Виділяються такі базові форми захисту: неюрисдикційна та юрисдикційна.

Неюрисдикційна форма захисту реалізується самостійно особою, права якої були порушені або оспорується.

Юрисдикційна форма може бути реалізована державним органом або уповноваженою посадовою особою в рамках судового і адміністративного порядку охорони цивільних прав.

Форми захисту прав:

- адміністративна;
- судова;
- самозахист.

«Захист цивільних прав в адміністративному порядку здійснюється лише в тих випадках, які передбачені законодавством»²¹⁵.

²¹⁴ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. Т. 1 / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. Київ : Ін-т юрид. дослідж., 2014. С.23.

²¹⁵ Право власності в Україні : навч. посіб. / за заг. ред О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер, 2020. С. 325.

Способи самозахисту повинні відповідати обсягу порушення і не виходити за рамки дій, які необхідні для його припинення. Діями використовуваними як самозахист слід позначити необхідну оборону і крайню необхідність.

«Самозахист цивільних прав з позицій теорії - це форма їх захисту, що допускається тоді, коли потерпілий має в своєму розпорядженні можливостями правомірного впливу на порушника, не вдаючись до допомоги судових чи інших правоохоронних органів»²¹⁶.

Стаття 12 ЦК України визначає способи захисту цивільних прав, під якими прийнято розуміти передбачені законодавством заходи, спрямовані на попередження і припинення порушення або оспорювання суб'єктивних цивільних прав і усунення наслідків їх порушення. При цьому міститься в статті 12 ЦКУ група способів захисту цивільних прав, зазначені як невичерпний перелік, обмежується вказівкою на те, що інші способи можуть бути використані за умови згадки їх в законі²¹⁷.

Судова практика часто зверталася до розширення цього переліку, допустивши можливість пред'явлення позову про визнання угоди нікчемною, недійсною або позову про визнання договору неукладеним.

Захист і забезпечення громадянських прав проводиться за допомогою:

- Визнання прав і відтворення правового становища, яке існувало до моменту порушення права.
- Визнання оспорюваного правочину недійсним.
- Визнання акта державного органу, посадової особи або органу місцевого самоврядування недійсними.
- Самозахист права, тобто способи захисту прав, які повинні бути ідентичні правопорушення і не долати рамок фактичних дій, потрібних для його припинення.
- Відшкодування збитків та стягнення неустойки.
- Відшкодування моральної шкоди.

²¹⁶ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. Т. 1 / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. Київ : Ін-т юрид. дослідж., 2014. С. 241.

²¹⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435– IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

Встановлення і конкретизація більш загальних і неодноразово використовуваних способів захисту прав, в першу чергу спрямовує учасників цивільних відносин у напрямку вибору найбільш раціонального для них способу і засоби захисту і забезпечення прав, а також, заважає використанню неправильних протекційних заходів і суперечать цивільному законодавству.

Найбільш придатний спосіб захисту цивільних прав закріплює стаття 15 ЦК України, присвячена відшкодуванню збитків. При всьому при цьому відшкодування збитків за задумом цієї статті резонно розглядається як форма громадянської правової відповідальності за протизаконні дії. Так само можна стверджувати про статтю 16 ЦКУ, яка передбачає відшкодування збитків тільки за незаконні дії органів державної влади. Але в сьогоденних умовах функціонування цивільних правовідносин мають місце ситуації, коли на законодавчому рівні встановлюються можливості для відшкодування втрат майнового характеру, заподіяних не конкретними правопорушеннями, а законними діями, наприклад, є вилучення майна для державних потреб, а також правомірний відмова в односторонньому порядку від договору. Для подібних ситуацій процес відшкодування збитків, передбачений в статті 15 ЦКУ, не застосовується. Одночасно з цим ЦКУ не містить загальних норм, які передбачають процедури визначення розміру відшкодування шкоди у випадках, коли матеріальні втрати заподіяні правомірними діями. Дане питання вимагає законодавчого дозволу і закріплення.

Неюрисдикційна форма захисту права власності це самостійна форма захисту цивільного права діями правомочної особи, яка не звертається до державних органів і посадових осіб. Дана форма захисту реалізується при самозахисті цивільних прав і при застосуванні правомочною особою оперативних заходів впливу.

Самозахист цивільних прав являє собою вчинення дій фактичного порядку, не заборонених згідно із законом, правомочною особою, спрямованих на охорону його особистих або майнових прав і законних інтересів, а також прав і законних інтересів інших осіб і організацій.

Одним із способів самозахисту цивільних прав є дії правомочного особи в ситуаціях крайньої необхідності. «Під діями, вчиненими в стані крайньої необхідності, розуміються такі дії, які вчиняються особою для того, щоб усунути небезпеку, яка загрожує самому особі, яка заподіяла шкоду або іншим особам, якщо дана небезпека при відповідних обставинах не могла бути усунута іншими засобами»²¹⁸. Такі дії допускаються, якщо заподіяна шкода менше, ніж відвернена. Як і при необхідній обороні, дії в умовах крайньої необхідності можуть відбуватися не тільки як спосіб самозахисту прав і законних інтересів правомочної особи і інших осіб, але і для захисту інтересів держави і суспільства.

У порівнянні з необхідною обороною, при крайній необхідності небезпека для правомочної особи, або держави або третіх осіб, виникає не як результат дій осіб, яким заподіюється шкода, а як результат стихійних лих, особливого стану людського організму, наприклад в результаті хвороби, тощо . Вона може виникнути і внаслідок протиправної поведінки іншої особи, наприклад при заподіянні шкоди майну громадян під час переслідування правопорушника.

Характерним для дій в умовах крайньої необхідності є те, що в таких ситуаціях особа не може не вдаватися до засобів, пов'язаних і спрямованих на заподіяння шкоди. При цьому в ряді ситуацій нанесення шкоди може бути необхідним заходом для припинення ситуації представляє значну небезпеку, а в інших ситуаціях, збиток може бути тільки паралельним подією, яке може або відбутися, або не відбутися. Якщо при необхідній обороні шкода наноситься безпосередньо нападаючому, то діями за умов крайньої необхідності шкода заподіюється третім особам. Тому в силу положення статті 1067 ЦК даний збиток у загальному порядку повинна бути відшкодована особою, яка її завдала. Але так як дія в умовах крайньої необхідності інтерпретується по закону як правомірне дію, нехай і шкоду заподіює, з урахуванням обставин, при яких завдано ця шкода, суд може встановити обов'язок по його відшкодуванню на третю особу, в інтересах якої діяв той, хто заподіяв шкоду, або ж звільнити від відшкодування шкоди повністю або частково як третю особу, так і особа яка завдала шкоди. Для

²¹⁸ Підлубна Т. Визнання права як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів. Підприємництво, господарство і право. 2009. № 4. С. 78.

прикладу, особа надаючи допомогу потопаючому в озері громадянину, взяла причалений до берега надувний човен, з якого відразу викинув у воду чужі речі, які знаходилися в ньому. Обов'язок по відшкодуванню завданих збитків був встановлений судовим рішенням на врятованого громадянина, який купався на небезпечній ділянці водойми.

При застосуванні способів і засобів самозахисту в умовах крайньої необхідності особа не повинна перевищувати меж крайньої необхідності. Перевищенням меж крайньої необхідності є нанесення шкоди, фактично невідповідного характеру і ступеня можливої небезпеки і обставинам, при яких небезпека була ліквідована, коли конкретним інтересам і правам було завдано рівний збиток або ж більш серйозний, ніж захід. З позиції громадянського права це означає, що особа, яка своїми діями перевищила межі крайньої необхідності, має в обов'язковому порядку відшкодувати завдану шкоду.

Так чи інакше неюрисдикційний форми захисту цивільних прав можна в загальному вигляді ідентифікувати і інтерпретувати в такий спосіб.

Неюрисдикційна форма захисту цивільних прав являє собою дії громадян і організацій спрямованих на захист власних громадянських прав, свобод і охоронюваних законом інтересів.

Ці дії проводяться і відбуваються правомочними суб'єктами самостійно, при цьому вони не звертаються за наданням юридичної допомоги до державних органів і структур, а також до посадових осіб.

«У Цивільному кодексі подібні дії згруповані у визначенні поняття самозахист цивільних прав і ідентифікуються в амплуа одного із способів і засобів захисту цивільних прав, свобод і законних інтересів»²¹⁹.

Але варто відзначити, що з такою інтерпретацією в науковому полі не можна погодитися, з огляду на те, що тут змішані однорідні, але зовсім не ідентичні поняття, тобто спосіб і форма захисту цивільних прав, які багато в чому відрізняються.

²¹⁹ Цивільний кодекс України: Коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонova, О. М. Калітенко. Одеса : Юрид. л-ра, 2013. С. 512.

З точки зору теорії, самозахист цивільних прав є форма формування та забезпечення і охорони, яка дозволяється у випадках, коли потерпіла сторона має можливість законного впливу на порушника, не звертаючись за допомогою правоохоронних органів. В межах такої форми охорони прав, власник порушеного, або оспорюваного права може використовувати різного роду способи і засоби самозахисту, які повинні відповідати порушення і не виходити за рамки дій, потрібних для його припинення. До можливих заходів самозахисту слід віднести, дії особи в стані необхідної оборони і крайньої необхідності, застосування до правопорушника заходів оперативного впливу, наприклад відмова вчинити конкретні дії на користь несправного контрагента, доручення виконання роботи, не виконаною боржником, іншій особі за рахунок боржника і деякі інші дії.

Захист цивільних прав та охоронюваних законом інтересів забезпечується застосуванням передбачених законом способів захисту.

Таким чином, неюрисдикційна форма захисту цивільних прав являє собою самостійний захист особою своїх порушених прав. Тобто особа не звертається до компетентних державних органів. По факту це вчинення фактичних дій спрямованих на охорону і забезпечення своїх особистих майнових та інших немайнових прав.

Чи ефективні дані дії? Багато в чому так. Адже неюрисдикційна форма захисту прав передбачає фактичні дії не передбачені, але і не заборонені законом. Вони дозволяють швидко і оперативно забезпечити охорону своїх прав.

В цьому ж і полягає сутність такої форми захисту, тобто фактичні дії, не заборонені законом, виконуються особою самостійно без втручання правомочних органів і посадових осіб.

Цивільне право покликане забезпечувати захист основних конституційних головним чином приватних прав специфічними галузевими засобами. В галузевому законодавстві повинні конкретизуватися конституційні положення про право суб'єктів правовідносин на захист своїх прав, в тому числі можливість застосування самозахисту за допомогою конкретних галузевих заходів. В даний

час у Цивільному кодексі України згадується про самозахист тільки як про попереджувальний спосіб захисту цивільних прав, при цьому норма Цивільного кодексу, по суті, ніяк не пов'язана з іншими нормами закону, що допускають можливість здійснення односторонніх і самостійних заходів захисту, наприклад, в рамках договірних правовідносин, так званих оперативних заходів самозахисту, що дає підставу теорії права вважати їх самостійним юридичним поняттям. Вважаємо, що первинна мета введення самозахисту у Цивільному кодексі України була пов'язана з необхідністю відображення зазначених конституційних положень, тому розгорнутого і системного правового регулювання цього інституту немає до сих пір. Найбільш прийнятна для сучасного цивільного права кваліфікація самозахисту як форми захисту права, яка цілком реалізується в матеріальному праві. Форма самозахисту передбачає можливість застосування способів самозахисту (припинення порушень і їх загроз, а також відновлення порушених прав), які, в свою чергу, реалізуються в можливості застосування конкретних правових заходів, що носять самостійний характер і здійснюються в цивільному праві в односторонньому порядку в різних правовідносинах.

Рекомендації щодо вдосконалення поняття самозахисту в правових галузях, розроблені загальною теорією права, передбачають, по-перше, необхідність перерахування в галузевому законодавстві деяких способів самозахисту прав, по-друге, встановлення детальних підстав і умов її правомірності. Відзначається нормативна невизначеність критеріїв пропорційності самозахисту прав, що стримує суб'єктів в самостійній захисту власних прав. У зв'язку з такою ситуацією в галузевому регулюванні самозахисту знижується її ефективність. Відсутня також застереження про можливість вибору суб'єктом будь-якої форми реалізації її способів при дотриманні умов правомірності. Таким чином, законодавець підштовхує суб'єктів до «пробним заходам», законність яких в результаті може визначити тільки суд. Виникає ситуація, коли в діях суб'єктів, які заподіяли співрозмірну шкоду для захисту своїх прав, судами вбачаються ознаки самоуправства на тій підставі, що

можливість здійснення таких дій не відображена в законодавстві, тому вони визнаються порушенням встановленого порядку. Все це свідчить про неефективність механізму самозахисту в галузях права, наявність таких недоліків можна констатувати і в галузі цивільного права. У зв'язку з цим наука теорії права рекомендує розробляти невідомі законодавству способи самозахисту прав, пропонувати, обґрунтовувати і апробувати форми їх реалізації²²⁰. Таким чином, ефективність механізму не тільки самозахисту прав, а й захисту цивільних прав в цілому залежить від того, наскільки грамотне і детальне галузеве законодавство, що регулює можливість застосування конкретних односторонніх правозахисних заходів в його різних підгалузях, особливо в динамічному зобов'язального права.

Суб'єкт права, включаючись в рамки своєї багатопланової діяльності в різні юридичні зв'язки з іншими учасниками соціально-правового життя, актуалізує властивий йому правовий статус, «примушуючи» працювати багато з складових цей статус елементи: суб'єктивні права, обов'язки, деліктоздатність, правозахисні можливості в сфері приватного і публічного права. В одних випадках ці елементи функціонують в нормальному режимі: деякі суб'єктивні права і правомочності отримують реалізацію (оскільки зобов'язані сторони готові до непримусового виконання своїх зобов'язань); обов'язки, що становлять один з елементів правового статусу особи, також здійснюються (оскільки для цього є необхідні правові та інші - неправові (економічні, політичні та інші умови); проявляють себе і інші статусні компоненти (здатність нести відповідальність, можливість захистити своє правове становище).

Однак нерідко статусне стан суб'єкта права (мова в даному випадку про його правомочних характеристиках) може відчувати «навантаження» (наприклад, зобов'язана сторона не виконує запропонованого, є спроби «замаху» на окремі суб'єктивні права і правомочності). Тому суб'єкт права потребуватиме додаткових ресурсів для підтримки свого юридичного статусу в необхідному обсязі.

²²⁰ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. Т. 1 / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. Київ : Ін-т юрид. дослідж., 2014. С.328.

Для цих цілей в справу, як правило, вступають об'єктивні (існують незалежно від волі і свідомості суб'єкта) правозахисні механізми в державі (правовій системі держави), оскільки відомі статусні «перевантаження» бувають пов'язані безпосередньо з порушеннями одними особами суб'єктивних прав інших. Потреба в захисті суб'єктивних прав і законних інтересів виникає у зв'язку з порушенням цих прав, зловживанням ними, невиконанням юридичних обов'язків, виникненням між сторонами спору. Таким чином, механізм правового захисту впроваджується в сферу правового регулювання тоді, коли необхідно подолати і усунути перешкоди, що виникають на шляху здійснення прав і законних інтересів суб'єкта права, іншими словами - захистити (забезпечити) правовий статус особи.

Згідно Конституції України (ч. 2. ст. 45): «Кожен має право захищати свої права і свободи всіма способами, не забороненими законом»²²¹. Формулювання цієї статті дає підстави фахівцям висловлювати думку, що тут визнаються (легітимізуються) різні законні способи захисту суб'єктивних прав, в тому числі здійснювані безпосередньо самими суб'єктами як самозахист даних прав²²².

Загалом захист суб'єктивних прав можна пов'язувати з усіма випадками, коли має місце реалізація санкції правової норми, яка передбачає негативну оцінку протиправної поведінки. При цьому форми реалізації санкції можуть бути різні. Оскільки реалізація санкцій правових норм можлива в порядку владного акта юрисдикційного органу (посадової особи), а також в добровільному порядку - зобов'язаною стороною у правовідносинах, в передбачених законом випадках - уповноваженою стороною у правовідносинах, то можна говорити про дві основні форми захисту суб'єктивних прав і законних інтересів: юрисдикційну та неюрисдикційну.

Захист прав і свобод громадян та організацій в юрисдикційних органах включає в себе елементи матеріально-правового і процесуально-правового порядку. З матеріально-правової точки зору акт захисту суб'єктивних прав

²²¹ Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

²²² Методологічні засади охорони та захисту майнових прав осіб в Україні та ЄС: монографія / за ред. О.Д. Крупчан. Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. С. 106.

полягає у вживанні заходів матеріально-правового характеру (матеріально-правових санкцій) щодо зобов'язаної сторони, в констатації (визнання) прав та інтересів уповноваженої суб'єкта. З іншого боку, захист суб'єктивних прав здійснюється відповідними юрисдикційними органами в процесуальній формі, коли зацікавлені особи наділяються комплексом процесуальних прав, за допомогою яких забезпечується захист матеріальних прав і законних інтересів. З цієї точки зору захист носить процесуальний характер (тут реалізуються диспозиції норм процесуального права). Класичним інститутом для захисту суб'єктивних прав тут виступає судова інстанція (судова влада)²²³.

Неюрисдикційна форма, маючи локальний характер, досягається в результаті дій фактичного порядку і протікає не в юрисдикційній і процесуальній формі, а в рамках охоронного матеріального правовідносини, суб'єктами якого виступають його боки (як правило, говорять про фігури кредитора і боржника).

Основна відмінність між юрисдикційною та неюрисдикційною формами полягає в тому, що захист прав в юрисдикційній формі здійснюється компетентними державними і громадськими органами з притаманним кожній з них певним процесуальним порядком діяльності, в той час як захист у неюрисдикційній формі протікає в рамках матеріального правовідносини і здійснюється самими сторонами у правовідносинах.

До числа неюрисдикційних способів захисту (і, по суті, до першого в їх ряду) відноситься спосіб самозахисту суб'єктивних прав, який характерний перш за все для області приватного права, де буває вкрай доречний, оскільки сторони приватноправових відносин, задовольняючи свої майнові інтереси, на перших етапах локальних юридичних криз між суб'єктних відносин схильні вирішувати багато питань також в приватному порядку (самостійно), хоча нерідко в відомих локальних юридичних конфліктах своєчасно «підключити» юрисдикційний спосіб захисту прав об'єктивно буває складно, тому учасникам правових відносин потрібно діяти на захист своїх прав і законних інтересів самостійно.

²²³ Підлубна Т. М. Право на захист цивільних прав та інтересів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.

У національному цивільному законодавстві спосіб самозахисту як окремий спосіб захисту прав був одним з перших передбачених видів. В цьому контексті питання самозахисту цивільних прав розкривають стаття 19 Цивільного кодексу України, визнаючи самозахист однією з форм в числі інших основних способів захисту цивільних прав. Згідно зі статтею 19 ЦК України особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань²²⁴. Одночасно з цим самозахист як спосіб захисту суб'єктивних прав знає і сучасне трудове законодавство. Так, відповідно до статті Кодексу законів про працю України з метою самозахисту трудових прав працівник має право відмовитися від деяких видів робіт (не передбачених договором, небезпечних для життя і здоров'я і деяких ін.)²²⁵. Прояви цього інституту (правового інституту самозахисту) є і в багатьох інших галузях права (наприклад, сімейному та ін.), що говорить про реальну затребуваність даного юридичного механізму.

Легалізоване розуміння інституту самозахисту в цивільному праві можна виявити в постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав», де зазначається, що: «Особа, право якої порушено, може вдатися до його самозахисту, відповідної способу і характеру порушення»²²⁶. Іншими словами, суб'єкту права надається можливість здійснити в разі порушення його права самостійний захист даного права відповідно до того, в якій формі і якого характеру випробовується порушення. При цьому, як наголошується в документі: «За змістом статей 1 і 19 ЦК України самозахист цивільних прав може виражатися, в тому числі, у впливі особи на своє власне або знаходиться в його законному володінні майно. Самозахист може полягати також у впливі на майно правопорушника, в тому випадку якщо

²²⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435– IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

²²⁵ Кодекс законів про працю України : Закон СРСР від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>.

²²⁶ Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07 лют.2014 р. № 5 // URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

вона має ознаки необхідної оборони (стаття 1066 ЦК України) або здійснена в стані крайньої необхідності (стаття 1067 ЦК України)»²²⁷. Це свідчить, перш за все, про те, що об'єктом самозахисту в цивільному праві (і пов'язаних з нею наслідків, як правило, негативних) виступає не особистість порушника, а майно: зокрема, своє майно, впливаючи на яке можна зупинити (припинити) факт порушення (наприклад, у випадку з майном особи, права якої порушуються, коли це майно фізично утримується від спроб захоплення іншою стороною, або цього майна наносяться пошкодження, щоб воно залишилося у володінні особи, що зазнає порушення); чуже майно, в ході обмеження небезпеки, що насувається з боку порушника в рамках необхідної оборони або крайньої необхідності, коли, впливаючи на майно порушника, цього чужого майна заподіюється обґрунтований (виходячи з правової ситуації) матеріальну шкоду.

В цілому очевидно, що шляхом самозахисту особа захищає своє право і інтереси власними діями, не вдаючись до допомоги суду та інших органів. Це буває значимо в кризових ситуаціях, в процесі яких просто об'єктивно буває неможливо задіяти ресурс юрисдикційних державних органів, здатних такий захист надати в силу належних їм повноважень (через віддаленість від державно-правових установ, відсутність ліміту часу, відсутність засобів зв'язку та ін.) .

Присутність в праві, незважаючи на розвинені форми цивілізованого (за участю державної влади) дозволу відомих колізій та суперечок між учасниками різноманітних правових відносин (судовий, адміністративний юрисдикційні порядки), санкціонованого засобу самозахисту, думається, не випадково. По-перше, у цієї інституції є вагомі об'єктивні соціально-історичні підстави. У сучасному інституті самозахисту ховаються глибокі історичні корені, що йдуть від так званої практики самоуправства, яка існувала як реальна альтернатива ще не склалася державної влади і яка передбачала, що сторона, чиї права порушені, може проявити активність до порушника і постаратися самотійно (або, як правило , разом з так званими «поручник», або «пособниками») відновити порушені права за рахунок порушника.

²²⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435– IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

Так, акти урочистого самоуправства були включені в законодавство XII таблиць. Серед них - судочинство за допомогою накладення руки (*legis actio per manus iniunctionem*); захоплення кредитором з проголошенням урочистих слів речі боржника і утримання такої (*legis actio per pignoris capionem*); заклик позивачем відповідача до суду (*in ius vocatio*); протест на будь-яку будівництво, заявляється особою, яка вважає свої права порушеними (*operis novi nuntiatio*) і ін. Подібні ж прояви самозахисту (в стародавньому розумінні - самоуправства) виявляються і в законодавствах багатьох інших країн минулій історії (закони Ману давньої Індії, Салічна правда древньої Німеччини, Судебник міста Лондона X століття, Візантійська Еклога і ін.)²²⁸.

По-друге, функціонально, можна відзначити, самозахист - об'єктивно необхідний засіб забезпечення прав людини і громадянина. Юридичною підставою для здійснення дій по самозахисту є невідчужуване право на самозахист. З об'єктивно-соціальної точки зору дії по самозахисту ґрунтуються на одному з історично перших інстинктів людини - інстинкт самозбереження. Все це дозволяє в юридичній літературі робити висновок, що право на самозахист є природним правом людини як біологічної істоти і необхідність реалізації цього права визначається умовами існування людини в природному середовищі, де потрібно вміти відстоювати свої інтереси, в тому числі використовуючи інструментарій самозахисту, який сучасне законодавство передбачає.

І, по-третє, сьогодні самозахист - це субсидіарний юридичний (правозахисний) механізм, який практично у всіх правових відносинах (якою б природи (дозвільної, охоронної, комплексної та ін.) Вони не були) важливий як реальне практичне засіб відстоювання суб'єктивних прав і законних інтересів, що дозволяє суб'єктам права «заявити» про свої права і проявити активність (як писав С.А. Муромцев - «особисту енергію») в справі їх захисту. В цілому наведений вище вступний аналіз проблеми, її багатоаспектність, а також дослідження, що проводяться в сучасній юридичній науці правового інституту

²²⁸ Бойко М.Д. Відшкодування шкоди : прав. аспект: навч.-практ. посіб. Київ : Атіка, 2007. С.83.

самозахисту (який багато в чому резонно називати «комплексним» і / або «міжгалузевим» правовим інститутом) можуть затвердити в думці, що дана тема, незважаючи на деяку видиму «простоту», далеко не так однозначна і проста, на тлі цієї теми переплітаються історичні, глибинно доктринальні, а так само - виключно практичні лінії міркувань, кожному з яких ще належить чітко визначити перспективи й упевнено побудувати в системі координат юридичного знання, скласти повне наукове уявлення про правову самозахисту, провести можливу корекцію законодавства в частині положень про самозахист права, ввести додаткові регулятори до даного правового інституту, іншими словами, визначити точне місце феномена самозахисту в теорії і практиці сучасного права²²⁹.

Під нотаріальною захистом прав і законних інтересів розуміється як система заходів матеріально-правового порядку, що застосовуються з метою усунення перешкод на шляху здійснення права, так і діяльність по застосуванню цих заходів, що здійснюється нотаріусами в певній процесуальній формі. Тлумачний словник поняття «захищати» визначає як «охороняючи, захистити від зазіхань, від ворожих дій, від небезпеки»²³⁰. Звертає на себе увагу така властивість захисту, як подолання будь-яких перешкод на шляху досягнення її цілей. Тому захистом цивільних прав є діяльність щодо усунення перешкод на шляху їх здійснення.

«При здійсненні захисту присутній також і ... момент попередження правопорушень в майбутньому». «Краща форма захисту права - попередження порушень»²³¹. Відповідно, нотаріальна захист права носить попереджувальний характер.

Цивільний кодекс України не згадує нотаріат в числі органів, що здійснюють захист цивільних прав (ст. 11). У правовій літературі також, як правило, не передбачається можливість нотаріальної форми захисту. Деякі

²²⁹ Дзера О.В. Розвиток права власності громадян в Україні. Київ : Вентурі, 1996. С.96.

²³⁰ Тлумачний словник української мови : близько 7000 слів / за ред. Д. Г. Гринчишина. 3-тє вид., перероб. і домов. Київ : Освіта, 1999. С. 149.

²³¹ Журавльов Д. Нотаріат як попереджувальне правосуддя. Юридичний Радник. URL: <http://yurradnik.com.ua/news/огляд-змі-нотаріат-як-попереджувальн/>.

автори обмежують правозахисну діяльність нотаріуса вчиненням виконавчого напису, нерідко з певними застереженнями. Основною причиною такого становища є нерозуміння сутності правового статусу нотаріуса, що призводить до невикористання його потенціалу, відома ролі нотаріуса до формального «проставлення» їм посвідчувального напису на документах, розгляду його в якості «гальма» цивільного обороту. Даний підхід багато в чому обумовлений невизначеністю ролі і місця нотаріуса в правовій системі, нерозумінням його правозахисної функції.

Разом з тим слід зазначити певний внесок авторів, які досліджували проблему захисту цивільних прав, її форми, способи і сутність захисту.

У Конституції України більшою мірою акцент зроблений не на захист прав громадян і юридичних осіб як на публічно правовому інституті, а на функції здійснення юридичної допомоги, яка на відміну від публічної нотаріальної діяльності носить приватний характер і пов'язана в основному з поняттям «послуга», які мають приватноправове зміст²³².

Нотаріальний захист прав впливає із суті ст. 1 Закону України «Про нотаріат», в якій головним завданням нотаріату є забезпечення захисту прав і законних інтересів громадян. До числа основних способів нотаріальної захисту цивільних прав (охоронюваних законом інтересів) відносяться визнання безперечних прав і підтвердження безперечних юридичних фактів. Ці способи носять матеріально-правовий характер²³³. У ряді норм ЦКУ є пряма вказівка на можливість захисту порушеного права шляхом вчинення нотаріусом виконавчого напису, яка представляє собою «розпорядження нотаріуса про стягнення з боржника на користь кредитора грошових сум або майна ...». Так, згідно з п. 5 ст. 358 ЦКУ у разі неповернення у встановлений термін суми кредиту, забезпеченого заставою речей у ломбарді, ломбард має право на підставі виконавчого напису нотаріуса після закінчення пільгового місячного терміну продати це майно в порядку, встановленому для реалізації заставленого

²³² Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

²³³ Про нотаріат: Закон України від 2 вер. 1993 року № 3425-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>

майна. Поряд з цим п. 3 ст. 630 ЦКУ передбачає, що стягнення з орендаря за договором прокату заборгованості по орендній платі провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Таким чином, ЦКУ визнає в окремих випадках то, що захист прав учасників цивільного обороту може проводитися нотаріусом в тому числі шляхом виконавчого напису. Однак нотаріальна захист права пов'язана не тільки з виконавчим написом, її поняття набагато ширше. Тому необхідно розширити рамки юрисдикційної форми захисту цивільних прав та передбачити поряд з судовим і адміністративним порядком захисту захист цивільних прав нотаріусом. У галузевій правовій літературі зазначається, що нотаріальна захист прав і охоронюваних законом інтересів може здійснюватися:

а) за допомогою юридичного підтвердження і закріплення громадянських прав з метою попередження їх можливого порушення в майбутньому (посвідчення безперечних прав і фактів, свідчення документів тощо).

б) за допомогою захисту вже порушеного права (наприклад, при видачі виконавчого напису, при пред'явленні чека до платежу і посвідчення неоплати чеків тощо). Аналіз нотаріальної захисту права власності демонструє, що конкретні нотаріальні дії можуть мати юридичне значення для виникнення, зміни і припинення суб'єктивного права власності. Наприклад, нотаріальне посвідчення угод може створювати необхідні передумови для виникнення, зміни або припинення прав (права і обов'язки сторін, що впливають з договору або угоди, що підлягають в силу закону нотаріальному посвідченню, виникають в момент її нотаріального посвідчення; прийняття нотаріусом в депозит грошових сум і цінних паперів). Форма нотаріальної захисту права - це процес публічного підтвердження нотаріусом існування або зміни правомочностей, що становлять зміст права, з метою надання їм офіційного характеру і (або) правової дійсності.

Відзначимо, що нотаріальні дії універсального характеру - засвідчення вірності копій документів і виписок з них; засвідчення справжності підпису на документах; засвідчення вірності перекладу документів з однієї мови на іншу; посвідчення факту знаходження громадянина в живих або в певному місці та

інші аналогічні - також можуть розглядатися як складовий елемент форми нотаріальної захисту права в силу наявності зв'язку з певними правомочностями. Отже, нотаріальна захист права здійснюється в двох основних формах: - нотаріального посвідчення виникнення, зміни, припинення права; - нотаріального засвідчення наявності права власності. Наприклад, посвідчення виникнення, зміни, припинення правочинів власності являє собою публічне підтвердження зміни правовідносини власності (за суб'єктним складом, змістом та ін.) І грає роль одного з обов'язкових елементів юридичного складу, необхідного для виникнення (зміни, припинення) правовідносини. Нотаріальна захист права в формі посвідчення має місце, наприклад, при посвідченні угод. Так, недотримання обов'язкової нотаріальної форми угоди тягне її недійсність. Така угода вважається незначною. На відміну від посвідчення нотаріальне засвідчення наявності права не впливає на його дійсність, а являє собою публічне підтвердження існування і безспірності (в силу специфіки нотаріальної компетенції) права. Як приклад нотаріального засвідчення як форми нотаріальної захисту права можна привести видачу свідоцтва про право на спадщину.

Нотаріальна захист прав містить і «матеріально-правової, і процесуально-правовий зміст, так як спеціальної термінології для розмежування захисту в області матеріальних і процесуальних прав немає». Крім того, в літературі висловлена думка про те, що самі способи захисту цивільних прав можуть бути як матеріально-правовими, так і процесуальними. Це повністю відображає тенденції розвитку публічного нотаріального права та нотаріального процесу. Самі нотаріальні дії, наприклад видача нотаріусом свідоцтва про право на спадщину або прийняття ним заходів до охорони спадкового майна, слід відносити як до матеріальних, так і до процесуальних способів захисту цивільних прав

Захист прав може існувати як «юридична діяльність щодо усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав і припинення

правопорушення, відновлення становища, яке існувало до правопорушення»²³⁴. Однак звернення за захистом можливо не тільки в зв'язку з порушенням або оскарженням прав. Нотаріус, як правило, здійснює визнання права (ст. 12 ЦКУ). Традиційно позови про визнання є засобом захисту ще не порушеного права. І лише в ряді випадків вони служать засобом захисту права, що порушене, тобто коли необхідно не тільки внести визначеність у спірні правовідносини, а й усунути порушення суб'єктивного права позивача. Визнання права відповідно до ст. 12 ЦКУ віднесено до одного із способів захисту цивільних прав. Суть публічної нотаріальної діяльності та складається в державному визнанні прав. Однак дана позиція не заснована на нормах чинного Цивільного кодексу України, оскільки нотаріусам не підвідомчі «спірні» справи. Громадянин, який звертається до нотаріуса за підтвердженням своїх безперечних прав, має на меті усунення будь-якої невизначеності з приводу належного йому права, отримання документа, що підтверджує державне визнання за ним певного права, можливість вільної реалізації свого права. Так, пережив чоловік може вимагати видачі йому свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя, побоюючись, що спадкоємці померлого чоловіка (з якими заявник перебуває в неприязних відносинах) стануть претендувати на його частку. Для підтвердження безперечних прав нотаріус, досліджуючи докази, встановлює необхідний набір юридичних фактів (факт смерті, наявність шлюбних відносин між заявником і померлим, факт придбання майна в шлюбі тощо).

У сучасній юридичній літературі звертається увага на те, що «визнання права» як міра превентивного (попереджувального) характеру деякою мірою гарантує від його порушення. Тому «потенційний» відповідач, можливий порушник права особи, яка звертається до нотаріуса за підтвердженням своїх безперечних прав, також багато в чому «пов'язаний» нотаріальним актом, оскільки потрібні вагомі докази для того, щоб виданий на підтвердження існуючих прав документ був скасований в судовому порядку. Не можна не визнати, що нотаріус обмежений в засобах доказування, він досліджує лише

²³⁴ Сульженко Ю. Форми і способи захисту суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів. Право України. 2005. № 12. С. 24.

представлені йому безперечні докази. Судова і нотаріальна форми захисту права відрізняються, оскільки зводити справу тільки до розгляду «спірних» матеріальних вимог неправильно, так як захист підлягають вимоги і безперечного характеру²³⁵. Тому спірною є теоретична позиція щодо нотаріальної діяльності як форми «превентивного правосуддя».

Нотаріальна форма захисту прав також не визначається в юридичній літературі. Тим часом це комплекс особливих нотаріальних процедур, що здійснюються нотаріусом в рамках нотаріального процесу. Нотаріальна форма захисту прав передбачає певний порядок захисту прав, здійснюваний нотаріусом, що володіє юрисдикцією. Таким чином, нотаріальною формою захисту прав можна вважати комплекс внутрішніх узгоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав, що протікають в рамках єдиного правового режиму. У нашому випадку нотаріус має певний статус і правовий режим діяльності. Таким чином, нотаріальна форма захисту цивільних прав виходить із суті юрисдикції нотаріуса. Свого часу Д. М. Чечот виділяв нотаріальну форму захисту суб'єктивного права і охоронюваного законом інтересу. На відміну від характеру прав, які підлягають захисту, може розглядатися відповідно спірний і безперечний порядок примусового здійснення суб'єктивних цивільних прав та інтересів.

Таким чином, нотаріальна форма захисту прав відноситься до неюрисдикційної форми. Раніше нотаріальна форма захисту цивільних прав здійснювалася в рамках адміністративної форми, оскільки нотаріат традиційно розглядався в якості органу державного управління. Зокрема, Е. Вавілін пояснював віднесення захисту цивільних прав нотаріусом до адміністративної форми тим, що нотаріус призначається на посаду органом юстиції і контроль за виконанням професійних обов'язків нотаріусами здійснюють органи юстиції та нотаріальні палати²³⁶. Однак нотаріус не є посадовою особою, а наділяється державою певними публічно правовими повноваженнями. При цьому важливим

²³⁵ Методологічні засади охорони та захисту майнових прав осіб в Україні та ЄС: монографія / за ред. О.Д. Крупчан. Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. С.38.

²³⁶ Нотаріат в Україні : підручник / за ред. В. В. Комарова. Київ, 2016. С.87.

є сам характер публічної нотаріальної діяльності. Правова природа нотаріату не управлінською, а правозастосовна. Основні форми управлінської діяльності не мають нічого спільного із здійсненням нотаріальних дій. Адміністративний порядок захисту цивільних прав за своїм характером відповідає таким відносинам, які засновані на підпорядкуванні одного суб'єкта іншому. Специфіка розгляду справи нотаріусом полягає в тому, що нотаріус не перебуває в особливих стосунках з особами, що звертаються за вчиненням нотаріальної дії, і не має ніякої зацікавленості в результаті справи. До підвідомчості нотаріуса належить встановлення фактів, що мають юридичне значення. Нотаріус засвідчує факт знаходження громадянина в живих, в певному місці, факт тотожності особистості громадянина з особою, зображеною на фотокартці, засвідчує час пред'явлення документів. На відміну від суду нотаріус встановлює безперечні факти, в наявності яких представляється можливим переконатися безпосередньо, на підставі несуперечливих, відповідають закону документів. Посвідчення фактів нотаріусом також викликається необхідністю захисту інтересу громадянина з метою подальшої реалізації ним своїх суб'єктивних прав. Для посвідчення часу пред'явлення документів до нотаріусів найчастіше звертаються з метою подальшого здійснення, в тому числі нотаріальної захисту авторства . Серед таких документів можуть бути описи винаходів і раціоналізаторських пропозицій, сценарії кінофільмів, тексти літературних творів: книг, а також окремих віршів, пісень тощо; іноді - тексти дисертацій. Засвідчуючи вірність копій документів, нотаріус підтверджує факт відповідності копії представленому оригіналу, а засвідчуючи справжність підпису на документі, встановлює факт підписання документа певною особою. Зазначені дії сприяють виникненню і здійсненню деяких суб'єктивних прав як самого громадянина, так і (в деяких випадках) прав інших громадян. Наприклад, засвідчення справжності підпису громадянина на заяві про його відмову від належного йому (відповідно до ст. 250 ЦК України) переважного права купівлі частки у праві власності на квартиру сприяє в кінцевому рахунку реалізації права іншого громадянина (співвласника) на відчуження належної йому частки

нерухомості будь-якій третій особі. У цьому випадку нотаріус підтверджує факт підпису строго певної особи на документі певного змісту.

Нотаріат захищає інтереси, пов'язані з встановленням очевидних фактів і обставин, в той час як суд встановлює такі факти і обставини, існування яких не представляється очевидним і вимагає досить великого аналізу доказів. При цьому слід враховувати, що, встановлюючи факти і визнаючи права, «безперечними» в широкому сенсі слова є саме письмові докази, на підставі яких нотаріус виносить своє рішення. Разом з тим слід зазначити, що при вчиненні нотаріальних дій нерідкі випадки зіткнення інтересів різних громадян і можливі ситуації, близькі до конфліктних. Саме правовий конфлікт, що не дійшов до стадії «суперечки», часто призводить громадянина до нотаріуса з метою отримання докази державного визнання його права. У правовій літературі в зв'язку з цим справедливо зазначалося: «Бути володарем будь-якого права мало, якщо не мати можливість представити докази існування цього права ... Іншими словами, не існує прав, якщо не існують докази цих прав». Правовий конфлікт може висловитися не тільки у взаєминах певних осіб. Він настає і в разі, якщо є інші реальні перешкоди (або загроза їх виникнення) при здійсненні цивільних прав. На подолання цих перешкод спрямована діяльність нотаріуса по встановленню фактів. Нотаріальні процедури значно спрощені в порівнянні з судовими та не передбачені для захисту спірних матеріально-правових вимог, неочевидних, спірних інтересів. Однак вона успішно служить цілям захисту прав громадян в межах своєї підвідомчості²³⁷.

Нотаріальний процес, в рамках якого здійснюється захист цивільних прав та інтересів, можна визначити як врегульовану нормами закону діяльність нотаріусів щодо вчинення нотаріальних дій від імені держави. Діяльність нотаріуса протікає в особливій процесуальній формі, серед основних ознак якої виділяються наступні: 1) наявність певних передбачених законом гарантій, таких, як неупередженість і незалежність нотаріуса в своїй діяльності, національна мова нотаріального виробництва, таємниця вчинення нотаріальної

²³⁷ Радзівєвська Л. К., Пасічник С. Г. Нотаріат в Україні : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2018. С.47.

дії, заборона нотаріусу займатися підприємницькою діяльністю і т. п. ; 2) основні правила вчинення нотаріальних дій строго регламентовані законом; 3) особи, щодо яких вчиняється нотаріальна дія, мають певні процесуальні права (наприклад, право вимагати від нотаріуса роз'яснення їм наслідків вчинюваних нотаріальних дій, сприяння в їх здійсненні, право на надання їм перекладача і т. П.); 4) винесене у справі нотаріальне рішення повинно ґрунтуватися тільки на фактах, встановлених нотаріусом на основі дослідження безперечних доказів, і відповідати закону; 5) оперативність вчинення нотаріальної дії; 6) нотаріальну дію (відмова у її вчиненні) може бути оскаржено в судовому порядку. В нотаріальному процесі присутні в основному ті особи, щодо яких вчиняється нотаріальна дія (або їх представники). З одного боку, сформований порядок розгляду нотаріусом безперечних справ певною мірою виправданий і відповідає інтересам громадян, чиї права та інтереси підлягають негайного захисту. З іншого боку, потрібне подальше вдосконалення нотаріального процесуального законодавства. Важливе значення в нотаріальній захисту прав набувають стадії нотаріальних проваджень, тим більше що в правовій літературі це питання ще недостатньо розроблений

Проблема нотаріальної захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб лежить в площині публічного права. Тим часом існують і інші тлумачення і позиції про функції і ролі нотаріуса, які спотворюють її суть і не сприяють розвитку публічно-правового статусу нотаріуса. Перш за все деякі автори асоціюють нотаріальну правозахисну діяльність з наданням правової (юридичної) допомоги, яка є послугою. Згідно ст. 128 ЦКУ послуги є одним з об'єктів цивільних прав. Як правило, більшість з них носить безоплатний характер. Це впливає із сутності правової природи будь-якого громадянського договору, який завжди резюмується оплатним, якщо із закону, інших правових актів, змісту або суті договору не впливає інше (п. 3 ст. 423 ЦК України). Разом з тим Цивільний кодекс України знає деяке число послуг, які можуть надаватися безоплатно або в силу самого змісту договору, або відповідно до його умовами. Однак ці послуги жодним чином не пов'язані з нотаріальною діяльністю, в

процесуальних рамках (у певній стадії нотаріального процесу) якої відбувається безкоштовне консультування. Більшою мірою безоплатно і безоплатний характер правової допомоги властивий адвокатської діяльності, яка безпосередньо пов'язана з адвокатськими послугами²³⁸.

Цікаво, що Європейський суд з прав людини неодноразово звертався в своїх рішеннях до теми безкоштовної юридичної допомоги, розглядаючи її в контексті ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, в якій мовиться: «Кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків цивільного характеру або пред'явлення йому будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і публічний розгляд справи ...» І хоча ч. 3 ст. 6 Конвенції встановлює гарантії надання безкоштовного захисника тільки обвинуваченим у кримінальних справах, Європейський суд розширив тлумачення цієї статті, використовуючи тест «рівності двох рук», тобто рівності сторін у змагальному процесі. 31 травня 2002 року Європейський комітет із правового співробітництва Ради Європи розробив План дій зі створення систем юридичної допомоги. В даному документі зазначено, що для забезпечення ефективного доступу до правосуддя можна впроваджувати різні моделі: скорочення навантаження на суддів шляхом широкого використання позасудових примирних заходів або поширення практики укладання мирових угод безпосередньо до початку судового розгляду; внесення змін до процесуального законодавства з тим, щоб зробити процедуру більш простою і зрозумілою для громадян; спрощення вимог, що пред'являються до документів, що використовуються в судовому процесі; ширшого поширення правової інформації, включаючи судові рішення, серед юристів і громадськості; поліпшення системи і процедури апеляційного перегляду рішень, особливо в цивільних і комерційних справах, які зазвичай «тягнуться» набагато довше, ніж справи кримінальні. У п. 6 зазначеного Плану дій говориться, що на практиці належні системи надання юридичної допомоги є суттєвою складовою рівного для всіх доступу до правосуддя і можуть включати надання юридичної

²³⁸ Нотаріат в Україні : підручник / за ред. В. В. Комарова. Київ, 2016. С.152.

допомоги, включаючи представництво юристами; надання інформації, юридичне консультування в годинник і місці, які обрані з урахуванням потреби заявників і з забезпеченням гарантії того, що заявникам ясні отримані ними консультації юристів; захист обвинувачених в кримінальному процесі; підготовку справ в інших процесах, крім кримінальних, і уявлення клієнтів в суді; сприяння в зверненні до органів публічної влади, якщо воно включає правовий аспект; консультації та допомогу на стадії виконання судових рішень та вироків, включаючи подачу заяв з проханням про звільнення.

Як видно, юридична допомога пов'язана з діяльністю захисника-адвоката і носить приватно-правовий характер, на відміну від публічно-правової нотаріальної діяльності. Позасудовими примирливими процедурами в основному займаються адвокати, а мирові угоди посвідчуються нотаріусами, коли у сторін вже сформувалося бажання примирення і вони ні в якому разі не можуть впливати на сторони і тим більше надавати посередницькі послуги, коли в законі прямо вказано їх заборону. Законодавство про нотаріат говорить про те, що нотаріус не має права: займатися самостійною підприємницької і ніякої іншою діяльністю, крім нотаріальної, наукової і викладацької, а також надавати посередницькі послуги при укладанні договорів. Світові угоди - це угоди, і ніякої посередницької діяльності при цьому нотаріусами не провадиться. У цьому сенсі цікаво ставлення певної частини вчених до так званої проблеми медіації.

Професія нотаріуса як ніяка інша придатна для виконання посередницьких функцій у рамках примирних процедур, Яворська О.С.. Активна підтримка зазначеної точки зору нотаріальною палатою викликає подив. Розвивається процес нав'язування медіації нотаріусам. У всіх правових системах посередницька діяльність носить приватний характер, який жодним чином не співвідноситься з публічною діяльністю нотаріуса. У зазначеній книзі підкреслюється, що «нотаріуси утворюють єдину професійну групу, традиційно виступає як неупереджений консультанта для запобігання та врегулювання суперечок»²³⁹. Тим часом нотаріус виступає в якості консультанта в процесі

²³⁹ Яворська О.С. Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України: Навчальний посібник. Київ : Атіка, 2018. С. 189.

здійснення нотаріальної діяльності та вчинення нотаріальної дії, консультуючи лише по суті зазначеного дії, що не їсти посередницька послуга і тим більше не є правової (юридичної) допомогою.

Можливо, нотаріальні дії і запобігають можливі суперечки в майбутньому, але це відбувається не в зв'язку з наданням нотаріусами посередництва або правової (юридичної) допомоги, а в контексті публічно-правової нотаріальної діяльності.

У зв'язку з викладеним в новому нотаріальному законодавстві необхідно посилити публічно-правовий зміст нотаріальної діяльності, більш повно розкривши поняття «нотаріальна захист прав громадян і юридичних осіб», виключивши будь-які згадки про безоплатну правову допомогу, медіації та посередництва при здійсненні нотаріальної діяльності.

Медіація в Україні зараз як ніколи набуває актуальності. Відповідно до Концепції цивільного процесуального права, основним завданням суду є захист порушених або оспорюваних прав та законних інтересів громадян та організацій.

Зважаючи на активну роль суду в примирних процедурах, а також завдання суду допомогти знайти сторонам спільні точки дотику інтересів, судове примирення почало визнаватися самостійною судовою процедурою, значимість якої не можна зменшувати²⁴⁰.

Перш ніж відповісти на питання, чи потрібна медіація в Україні, треба з'ясувати що це таке. Так як законодавчого визначення поняття "медіації" немає, то доктрина права говорить, що медіація в Україні - це процес переговорів по вирішенню спірного питання, до якого залучається нейтральна третя сторона - медіатор (посередник), який проводить цей переговорний процес, вислуховує аргументацію сторін по приводу суті спору і активно допомагає їм зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість компромісів і самостійно прийняти рішення, яке задовольнило б їх.

Особливістю і безумовною перевагою методу медіації є його альтернативність судового розгляду. На думку психологів, у сучасному

²⁴⁰ Розман Ю.В. Медіація як альтернативний спосіб вирішення приватно-правових спорів. Актуальні проблеми політики. 2013. Вип. 49. С. 247.

суспільстві вкрай затребувані мирні, некарательні способи виходу з конфліктних ситуацій, в зв'язку з чим професія медіатора поступово завойовує популярність²⁴¹.

Методи медіації мають досить широкий спектр застосування. В зарубіжних країнах медитативні техніки активно використовують при вирішенні подружніх конфліктів, майнових суперечок між подружжям при розлученнях, суперечках про дітей, в цивільно-правових спорах між наймачами і наймодавцями, замовниками та підрядниками, в суперечках про відшкодування шкоди, при вирішенні трудових конфліктів. Медитативні технології можуть бути використані «не тільки в приватно, а й в публічно-правовій сферах (проводяться дослідження з використання медіації при здійсненні деяких кримінальних злочинів, вирішенні конфліктів в області охорони навколишнього середовища, конфліктів соціальних груп і навіть міждержавних конфліктів).

В останні роки ведеться активне обговорення питання про використання процедури медіації при вирішенні цивільно-правових спорів в національній практиці. Закон України «Про медіацію» передбачає конфіденційне проведення процедури, що є безперечним плюсом для всіх сторін цивільних спорів²⁴².

Однак наявність однієї тільки можливості, як показує практика, недостатньо для широкого використання позасудових форм врегулювання правових конфліктів. Традиційним і як і раніше найбільш затребуваним є саме судовий спосіб захисту приватних інтересів. При цьому, незважаючи на цілий ряд проблем, що викликають серйозні претензії до порядку і термінів здійснення правосуддя в нашій країні, сторони не поспішають до активного впровадження в своїй практиці альтернативних способів вирішення спорів. Як ні парадоксально, але приватна ініціатива в нашій країні ніяк не може обійтися без державної «керівної і спрямовуючої»²⁴³.

²⁴¹ Белінська О. Медіація – альтернативне вирішення спорів. Вісник Вищої ради юстиції. 2011. 1 (5). С. 47–52.

²⁴² Про медіацію: Закон України від 16 лист. 2021 року № 1875-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#Text>

²⁴³ Михальський Ю. Інститут медіації в Україні та за кордоном. Юридична газета. 2011. № 5 (270). С.3.

Сьогодні все більше юристів і представників бізнесу знають, що таке медіація, а деякі вже навіть її використовують. Проте ще не всі чітко розуміють, у чому полягає роль та обсяг задач медіатора в процесі медіації.

Роль медіатора в процесі – бути "маршалом", тобто вести сторони вперед, просуваючись у дослідженні інтересів і пошуку варіантів вирішення. Одразу варто зауважити, що медіація є гнучким процесом, ведення якого не затверджено процедурними актами або регламентами. При цьому вона має свою структуру, завдяки чому стає можливим пошук взаємовигідних рішень.

Сторони вільні у виборі такого "маршала" – його не призначає суд чи інший орган в імперативному порядку. Якщо сторони не можуть дійти згоди щодо особи медіатора, кожна з них має право запропонувати свою кандидатуру.

Обговорюючи з колегами питання медіації, ми часто чуємо фрази типу "ми й так робимо це для наших клієнтів". Після уточнення, про які саме послуги йдеться, виявляється, що юристи мають на увазі більш конструктивне, ніж у суді, представлення інтересів клієнта. На жаль, цей підхід аж ніяк не можна вважати медіацією, а таких юристів – медіаторами.

Медіатор – нейтральна й незалежна третя особа, яка не є представником жодної зі сторін і не має власного інтересу. Завдання медіатора – налагодити процес взаємодії сторін, допомогти їм проаналізувати ситуацію, побачити відмінності в поглядах, знайти інтереси, які насправді стоять за їхніми діями, позиціями та баченнями, зрозуміти, що важливо для кожної зі сторін, і знайти точки перетину, на яких можна побудувати спільне взаємовигідне рішення. Отже, фокус уваги медіатора, на відміну від судді, арбітра чи юриста, зосереджено на інтересах сторін і на способах їх задоволення, а не на юридичних нюансах регулювання спірного питання.

Ще один важливий момент у ролі медіатора (у концепції фасилітативної медіації, яка зараз є найпоширенішою в Україні) – медіатор не виносить і навіть не пропонує сторонам рішення або варіанти розв'язання спору. Завдання медіатора полягає саме в тому, щоб налагодити процес комунікації між

сторонами, побудувати довіру (зазвичай втрачену через конфліктну ситуацію), створити безпечну й креативну атмосферу.

Після того, як сторони напрацюють варіанти рішення, медіатора повинен допомогти їм визначити критерії, за допомогою яких вони оцінюватимуть варіанти для пошуку найоптимальнішого. А вже після того, як сторони оберуть варіант, що задовольнить їхні інтереси, медіатор допоможе їм упевнитись, що рішення життєздатне, – провести так званий. краш-тест та обговорити, які кроки робитимуть сторони.

Медіатор приділяє окрему увагу роботі з емоціями сторін. Цей аспект залишається поза увагою суддів та арбітрів, які вважають, що він не має стосунку до справи й не може ніяк вплинути на її вирішення. Проте ми всі знаємо, що зіпсовані стосунки й невисловлені емоції – це те, що часто провокує, а потім і живить конфлікт. Юристам відомі випадки, коли сторони хотіли знищити одна одну юридичними війнами (стан "разом у прірву", назва якого говорить сама за себе) у конфлікті, який розпочався з того, що вони хибно зрозуміли одна одну. Медіатор працює разом над відновленням взаємин сторін і налагодженням комунікації між ними, що слугує фундаментом, на якому можна досліджувати інтереси й напрацьовувати варіанти. Якщо немає фундаменту, надійний дім збудувати не вийде. У медіації так само: якщо в сторін немає нормальних взаємин, робота з інтересами не буде ефективною, а рішення – життєздатним.

Слід зазначити, що розглянуті нами положення, щодо особливостей неюрисдикційних форм захисту права власності дають можливість зробити певний аналіз ситуації, яка склалась у визначеній сфері. На підставі всього викладеного ми прийшли до наступних висновків.

Юрисдикція являє собою межі компетенції того чи іншого суду або будь-якого органу державної влади. Тобто юрисдикція визначає межі реалізації повноважень того чи іншого владного суб'єкта суспільних відносин. Таким чином, коли питання стосується неюрисдикційних форм захисту прав, то мова йде про те, що суб'єкт певних відносин, ніби фізична або юридична особа

здійснює захист своїх прав самостійно. Тобто за фактом, можна сказати що така форма захисту своїх прав може називатися самозахистом.

Неюрисдикційна форма захисту права власності це самостійна форма захисту цивільного права діями правомочної особи, яка не звертається до державних органів і посадових осіб. Дана форма захисту реалізується при самозахисті цивільних прав і при застосуванні правомочною особою оперативних заходів впливу.

Таким чином, неюрисдикційна форма захисту цивільних прав являє собою самостійний захист особою своїх порушених прав. Тобто особа не звертається до компетентних державних органів. По факту це вчинення фактичних дій спрямованих на охорону і забезпечення своїх особистих майнових та інших немайнових прав.

Чи ефективні дані дії? Багато в чому так. Адже неюрисдикційна форма захисту прав передбачає фактичні дії не передбачені, але і не заборонені законом. Вони дозволяють швидко і оперативно забезпечити охорону своїх прав.

В цьому ж і полягає сутність такої форми захисту, тобто фактичні дії, не заборонені законом, виконуються особою самостійно без втручання правомочних органів і посадових осіб.

На міжнародній арені в країнах Європи основа неюрисдикційного захисту права власності складається основним чином з процесів переговорів та медіації. Проте для пострадянських країн додатковою можливістю досудового захисту права власності є нотаріальний захист. В цьому контексті для України схожим є досвід Білорусі, які так само запозичили досвід нотаріальних форм захисту права власності з радянської правової системи.

Нотаріат є складовою частиною правової системи держави, що виконують функцію позасудового захисту прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб. Ефективність здійснення даної функції залежить від обсягу покладених на нотаріат державою завдань і правових механізмів їх реалізації.

Цивільне право покликане забезпечувати захист основних конституційних головним чином приватних прав специфічними галузевими засобами. В

галузевому законодавстві повинні конкретизуватися конституційні положення про право суб'єктів правовідносин на захист своїх прав, в тому числі можливість застосування самозахисту за допомогою конкретних галузевих заходів.

В даний час у Цивільному кодексі України згадується про самозахист тільки як про попереджувальний спосіб захисту цивільних прав, при цьому норма Цивільного кодексу, по суті, ніяк не пов'язана з іншими нормами закону, що допускають можливість здійснення односторонніх і самотійних заходів захисту, наприклад, в рамках договірних правовідносин, так званих оперативних заходів самозахисту, що дає підставу теорії права вважати їх самотійним юридичним поняттям.

Вважаємо, що первинна мета введення самозахисту у Цивільному кодексі України була пов'язана з необхідністю відображення зазначених конституційних положень, тому розгорнутого і системного правового регулювання цього інституту немає до сих пір. Найбільш прийнятна для сучасного цивільного права кваліфікація самозахисту як форми захисту права, яка цілком реалізується в матеріальному праві. Форма самозахисту передбачає можливість застосування способів самозахисту (припинення порушень і їх загроз, а також відновлення порушених прав), які, в свою чергу, реалізуються в можливості застосування конкретних правових заходів, що носять самотійний характер і здійснюються в цивільному праві в односторонньому порядку в різних правовідносинах.

Під нотаріальної захистом прав і законних інтересів розуміється як система заходів матеріально-правового порядку, що застосовуються з метою усунення перешкод на шляху здійснення права, так і діяльність по застосуванню цих заходів, що здійснюється нотаріусами в певній процесуальній формі.

Нотаріальний захист прав впливає із суті ст. 1 Закону України «Про нотаріат», в якій головним завданням нотаріату є забезпечення захисту прав і законних інтересів громадян²⁴⁴. До числа основних способів нотаріальної захисту цивільних прав (охоронюваних законом інтересів) відносяться визнання безперечних прав, серед яких вагоме місце займає право власності.

²⁴⁴ Про нотаріат: Закон України від 2 вер. 1993 року № 3425-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>

Становлення демократії в єдиному європейському соціально-економічному і публічно-політичному просторі сприяло розвитку безлічі інститутів громадянського суспільства, а також ряду процедур, метою яких є вдосконалення механізму врегулювання можливих конфліктних ситуацій. Так звані «погоджувальні процедури» охоплюють собою досить різноманітні за значенням, стилем і способом вирішення конфліктів механізми, загальним для яких є наявність певного незацікавленого посередника.

Безумовно, найбільшій розвитку отримала така процедура, як «третейський суд», але разом з тим, не менш важливим і використовуваним є процедура медіації. Незважаючи на широке залучення посередників до процесу альтернативного (позасудового) вирішення конфліктів, особливої актуальності інститут медіації має в цивільних, корпоративних, сімейних спорах і навіть кримінальному процесі.

В Європейському Союзі процедурі медіації приділяють достатню увагу, що наочно підтверджується і кількістю нормативних актів що регулюють порядок її здійснення та навіть наявністю Кодексу поведінки медіаторів²⁴⁵.

Процедура медіації - це, перш за все, шлях пошуку вирішення конфлікту який влаштовує всі сторони суспільних відносин. Як саме виникає даний шлях, яке інструментальне наповнення процедури – це ті параметри, які можуть варіюватися в залежності від внутрішнього правового поля держави, але суть процедури – вирішення спорів поза системою обов'язкового примусу (судового розгляду) – завжди залишається константою.

Медіація в Україні зараз як ніколи набуває актуальності. Адже вже нікого не дивує той факт, що наші суди не справляються з тією кількістю справ, яке до них надходить. Провадження у справі може тривати роками, судові рішення часто не виконуються, а рівень довіри до судової системи є дуже низьким. Саме тому, на нашу думку, прийшов час вводити в Україні альтернативні способи вирішення спорів.

²⁴⁵ Притика Ю.Д. Правовий режим медіації у законодавчих системах зарубіжних країн. Малий і середній бізнес. (Право. Держава. Економіка). 2010. № 3. С.47.