

II ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Дика Алла Олександрівна,

аспірант кафедри цивільного права та процесу
Івано-Франківського університету
імені короля Данила Галицького

УДК 347.9

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: СУДОВИЙ НАКАЗ ТА ВИКОНАВЧИЙ НАПИС НОТАРІУСА (ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)

У даній статті проведений порівняльний аналіз судового наказу та виконавчого напису нотаріуса. Досліджується специфіка видачі судового наказу та процедури вчинення виконавчого напису нотаріуса в процесі захисту цивільних прав фізичних та юридичних осіб.

Ключові слова: судовий наказ, виконавчий напис, безспірна, спрощена процедура, захист, цивільне право.

В теорії цивільного процесу з'явився новий напрям наукових досліджень – цивілістичний процес (міжгалузеві зв'язки і взаємодія юрисдикційних процесів як мають цивілістичну основу, тобто крім кримінального процесу), який розвивають представники наукової школи професора Фурси С.Я. Кажучи про самостійність нотаріального, цивільного і виконавчого процесів і їх місці в правовій системі України не можна розглядати їх тільки у вузьких межах, оскільки у них спільна мета, яка зводиться до охорони і захисту прав та інтересів фізичних, юридичних осіб і держави, але досягається вона різними способами [1, с. 9–10]. Так, співвідношення нотаріального, судового та виконавчого процесів можна побачити проаналізувавши процедуру видачі судового наказу та процедуру вчинення виконавчого напису. Незважаючи на те, що судовий наказ видається судом, а виконавчий напис вчиняється нотаріусом, ці акти за своєю суттю є подібними та мають спільну мету – спрощену процедуру захисту цивільних прав.

Запровадження наказного провадження, за задумом законодавця, мало на меті прискорення судочинства. Як свідчить судова практика, велика кількість справ, що розглядаються в порядку позовного провадження, фактично є безспірними, оскільки вимоги позивача відповідачем в повній мірі доволі часто не заперечуються. Можливість спрощення і скорочення процедури у встановлених законом випадках підвищує ефективність правового захисту та дозволяє звільнити суди від розгляду за повною процедурою безспірних за своєю суттю справ [2]. З цією тезою можна погодитися, якщо одночасно внаслідок об'єктивних і суб'єктивних факторів не будуть порушуватися права та інтереси осіб.

Тому можна погодитися, що наказне провадження – один із видів проваджень ци-

вільного судочинства, у якому без розгляду справи по суті на підставі безспірних вимог та доказів, поданих заявником, видається судовий наказ, згідно з яким з боржника стягуються грошові кошти, витребується майно [3, с. 602].

Однак, не з усіма більш конкретними позиціями науковців можна однозначно погодитися. Так, у процедурі наказного провадження вчені пропонують виділяти такі 3 стадії: 1) відкриття наказного провадження; 2) видача судового наказу; 3) скасування судового наказу. [4]. Але така гіпотеза суперечить логіці, оскільки стадія скасування судового наказу суперечить завданню наказного провадження – ліквідації наслідків правопорушення в спрощеному порядку. Якщо ж за основу береться скасування судового наказу як стадії відповідного провадження, то не слід його загалом використовувати. Тобто скасування судового наказу слід розглядати як виняток із загального правила, а не самим правилом. Автором пропонується виходити з послідовної «безконтактною» участі в провадженні заявника та боржника, отже має існувати стадія розгляду поданих заявником документів, а також при наявності заперечень проти заявлених претензій з боку боржника – стадія їх дослідження судом. Кожна стадія має завершуватися рішенням суду, яке має відповідати позиції сторони.

Вербіцька М.В. пропонує виділяти ще й 4-ту стадію – виконання судового наказу [5, с. 11], але з цією позицією так само важко погодитися. Не можна розглядати виконання судового наказу як стадію цивільного процесу виходячи, по-перше, із суб'єктного складу цього провадження, оскільки в ньому безпосередньо беруть участь виконавці, а не суд, по-друге судовий наказ як виконавчий документ (ст. 3 Закону України «Про виконавче

провадження» – далі Закон) виконується у примусовому порядку згідно процедури, яка передбачена цим Законом, а не ЦПК. По-третє, виходячи із зміст діяльності та повноваженнями виконавців слід акцентувати увагу на тому, що вони відновлюють порушені права, а не визнають права тощо як суд (ст. 16 ЦК України).

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 95 ЦПК [6] із заявою про видачу судового наказу може звертатися особа, якій належить право вимоги, а також органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. При цьому, особою з прямо протилежними інтересами в такій справі є боржник, який заінтересований в тому, щоб судовий наказ не набрав законної сили і був скасований. Тому у кожній із сторін наказного провадження є власні прямо протилежні інтереси, що і обумовлює їх відповідний правовий статус: заявник та заінтересовані особи. Заявник (стягувач) – особа, якій належить право вимоги та яка звертається до суду за видачею судового наказу; заінтересована особа (боржник) – особа, з якої стягувач просить здійснити стягнення [7, с. 602]. Автор вважає, що така назва суб'єктів наказаного провадження більш відповідає правовим основам цивільного процесу, оскільки ми ж не називаємо відповідача одразу боржником, а розцінюємо права всіх суб'єктів до рішення суду рівнозначними і не визнаємо наперед переваг жодного із суб'єктів.

У цьому контексті важливо сприймати й новели, які закладені в проекті змін до ЦПК [8], де визначаються загальні аспекти зловживання правом. Зокрема, за чинними ЦПК заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності, встановленими ст. 109 ЦПК. Але у ч. 3 ст. 45 проекту ЦПК зловживанням розцінюватиметься будь-яка дія осіб на розсуд суду, яка визнаватиметься ним зловживанням правом, зокрема, подання скарги, заяви, клопотання може визнаватися зловживанням і суд з урахуванням обставин справи матиме право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання. Більше того, за ч. 4 цієї статті суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. Таким чином, подання особою заяви про видачу судового наказу з порушенням правил підсудності може розцінюватися як перше зловживання правом.

В подальшому недосвідчена особа може припуститися наступних помилок, оскільки зміст і форма заяви повинні відповідати вимогам ст. 98 ЦПК, а саме у заяві повинно бути зазначено: 1) найменування суду, в який подається заява; 2) ім'я (найменування) заявника та боржника, а також ім'я (найменування) представника заявника, якщо заява подається представником, їхнє місце

проживання або місцезнаходження; 3) вимоги заявника і обставини, на яких вони ґрунтуються; 4) перелік документів, що додаються до заяви. Крім того, до заяви про видачу судового наказу додається документ, що підтверджує сплату судового збору. Відповідно до ч. 4 ст. 4 ЗУ «Про судовий збір» [9] за подання до суду заяви про видачу судового наказу юридичною особою або фізичною особою-підприємцем ставка судового збору встановлюється у розмірі 0,5 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб; фізичною особою – 0,2 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Якщо ж особа допустить і тут помилки, то така ситуація може вже кваліфікуватися за ч. 2 ст. 149 проекту ЦПК [10] як повторне чи систематичне невиконання процесуальних обов'язків, повторне чи неодноразове зловживання процесуальними правами. В такому випадку з відповідного учасника судового процесу або відповідної іншої особи суд стягує у дохід Державного бюджету України штраф у сумі від одного до десяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Очевидно, що позиція законотворців щодо кваліфікації зловживання правами «учасника судового процесу або відповідної іншої особи» як сутність самого поняття «зловживання правом» має відноситися до категорії спір про право, а також належно мають розкриватися його критерії в ЦПК та ті наслідки, які наставатимуть у разі його встановлення судом. Автор також вважає, що неприпустимо за помилки в цивільному процесі «карати» учасників процесу такими великими штрафами. Більше розкриваючи поняття «спір про право» необхідно встановлювати дійсних його учасників, що неможливо зробити без врахування реальних інтересів, які мають виявлятися при з'ясуванні обставин такого спору. Зокрема, квінтесенція зловживання правом – це використання права на шкоду конкретній особі або декільком особам.

Так, з аналізу ч. 4 ст. 45 проекту ЦПК [11], а саме «Суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами» можна зробити простий висновок, що у разі виявлення зловживання правом на судовий наказ винен суд, який не запобіг пред'явленню заяви. Цілком зрозуміло, що це нонсенс, але саме так можна реагувати на зловживання правом в позовному провадженні, коли позивачем або відповідачем буде виявлено зловживання правом при буквальному застосуванні цієї норми.

Перевіримо цю гіпотезу на стадії прийняття заяви судом, а саме він перевіряє: 1) чи відповідає заява вимогам, передбаченим ст. 98 ЦПК, щодо її змісту та форми; 2) зміст вимоги ст. 96 ЦПК, на підставі якої має бути видано судовий наказ; 3) чи не вбачається із заяви та поданих документів спір

про право. [12, с. 605]. Якщо заява про видачу судового наказу подана до суду з порушенням вимог ст. 98 ЦПК, то заява залишається без руху та заявнику надається строк для усунення недоліків, відповідно до ст. 121 ЦПК. У разі не усунення недоліків заява повертається заявникові. Відповідно до ст. 101 ЦПК повернення заяви у видачку, встановленому ч. 1 ст. 100 ЦПК, не є перешкодою для повторного звернення з такою самою заявою після усунення її недоліків. Але у ЦПК використовується поняття «спір про право» без його розкриття, визначення його критеріїв, тому важко погодитися з можливістю встановити спір про право доти, доки боржник не визначить своєї позиції щодо поданої заяви.

Статтею 96 ЦПК встановлено вичерпний перелік вимог, за якими може бути видано судовий наказ. У разі, якщо заявлено вимогу, не передбачену ст. 96 ЦПК суддя відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу (п. 1 ч. 3 ст. 100 ЦПК) Крім того, вимоги, зазначені у ст. 96 ЦПК розглядаються виключно в наказному провадженні, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 118 ЦПК позовна заява щодо вимог, визначених у ч. 1 ст. 96 ЦПК, може бути подана тільки у разі відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування його судом. Також, не допускається одночасне звернення до суду із заявою про видачу судового наказу та пред'явлення позову про той самий предмет і з тих самих підстав.

Щодо наявності спору про право у наказному провадженні в теорії цивільного процесу існують різні точки зору науковців.

Як зазначають Балюк М. І., Луспенник Д. Д. «у контексті наказного провадження як спір про право слід розуміти поведінку особи, до якої звертається заявник з вимогою щодо оспорювання підстав, розміру вимоги або/і доказів, які її підтверджують» [13]. Тут категорично не можна погодитися із застосованим терміном «поведінку особи», оскільки це не предмет наказного провадження. Більше того, в наказному провадженні не розглядаються справи про оспорювання та подібні – це однозначно, оскільки вимога заявника має бути чітко сформульована на предмет кваліфікації правопорушення і визначати способи відновлення порушеного права, оскільки ст. 96 ЦПК передбачено чіткий та вичерпний перелік підстав для видачі судового наказу. Тому важко погодитися й з позицією іншого вченого: «Відповідаючи на питання про наявність спору про право в справах наказного провадження, необхідно визнати, що такі справи відповідають сутності та характеристикам спору про право і в вимогах, які пред'являються в порядку наказного провадження, є спір про право» [14].

Частково можна погодитися з такою думкою: «У будь-яких цивільних правовідносинах, що вирішуються в суді, потенційно є

такий спір. Наказне провадження безспірне лише в тому плані, що безспірність в ньому презюмована до того моменту, доки до суду не звернеться боржник із заявою про скасування судового наказу. Але воно характеризується наявністю сторін і спору між ними про матеріальне право. А вимога про те, щоб із заяви про видачу судового наказу і поданих документів не вбачався спір про право, означає те, що цивільне правовідношення між заявником і боржником має бути чітко визначено, а вимога заявника – повністю аргументована» [15, с. 13].

Однак автор не зовсім погоджується з такою думкою, оскільки наказне провадження створене з метою розгляду вимоги заявника, які не заперечуються боржником або заперечуються частково. В наведеній же цитаті акцент зроблено на аргументованій заяві, коли в таких справах найважливішим елементом є достатність безспірних доказів правопорушення та необхідності відновлення порушеного права саме таким способом, як вимагає заявник. Відповідно до п. 3 ст. 98 ЦПК докази, що подаються заявником до суду мають бути безспірними, на підставі таких доказів заявник зобов'язаний довести суду наявність підстав для видачі судового наказу.

Деякі науковці вважають невиконання боржником своїх зобов'язань спором про право [16], але існують випадки коли боржник не заперечує вимоги заявника однак не може їх виконати, наприклад, у зв'язку із складним матеріальним становищем. А заявник звертається до суду із заявою про видачу судового наказу з метою швидкого захисту і відновлення порушеного права. А якщо до суду звертається боржник із обгрунтованою заявою про скасування судового і посилається на обставини, які свідчать про повну або часткову необгрунтованість вимог стягувача та існування конкретних доказів, то тут вбачається спір про право і як справедливо зазначає Фурса С. Я. така вимога заявника має розглядатись у загальному позовному провадженні, а не в спрощеному наказному [17, с. 608].

Про відсутність спору про право у наказному провадженні вказує і Щербак С. В. яка зазначає, що природа судового наказу, що є безспірним, суперечить можливості виникнення спору з приводу правовідносин, які встановлює суд при видачі судового наказу, тому, якщо із заяви і поданих документів вбачається спір про право, суд відмовляє у прийнятті заяви про видачу судового наказу [18, с. 5].

Позовна давність в наказному провадженні обчислюється за загальними правилами визначення строків, встановленими статтями 253–255 Цивільного кодексу України. Загальна позовна давність – три роки.

У п. 9 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду ци-

вільних і кримінальних справ від 23.12.2011 № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» зазначено, наявність спору про право, яке є підставою для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу, вирішується суддею у кожному конкретному випадку, виходячи із характеру та обґрунтованості заявленої матеріально-правової вимоги і документів, доданих до заяви. ... наявність спору про право можна встановити, якщо із доданих документів вбачається пропуск позовної давності. Така вимога може бути вирішена лише у позовному провадженні (ч. 3 ст. 267 ЦК) [19].

Однак, з такою позицією Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ важко погодитися, оскільки тут вбачається перевищення судом наданих йому повноважень і упередженість. Так, позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до ухвалення ним рішення (ч. 3 ст. 267 ЦК), по суті правовідносин – боржником. Тому суд не може передбачати спору про право до тих пір, доки боржник не виявить своєї позиції. Тому суд не повинен відмовляти у прийнятті до розгляду заяви про видачу судового наказу з тих підстав, що правовідносини мають спірний характер. Дійсно, боржник вправі заявити про пропуск строку позовної давності, але й заявник може обґрунтувати поважність причин пропуску строку позовної давності, що потенційно може призвести до розгляду справи в порядку позовного провадження і ще до більших витрат обох сторін. Тому автор вважає, що сторони на будь-якій стадії наказного провадження повинні наділятися правом на укладання мирової угоди, щоб не ускладнювати спірних матеріальних відносин додатковим процесуальним спором про право. Дане положення вважається важливим, оскільки так може бути розв'язана судова гілка влади і спірні відносини не переростатимуть в конфлікти.

Як впливає з ч. 2 ст. 102 ЦПК, стадія видачі судового наказу містить дві ознаки, які мають важливе значення для характеристики наказного провадження:

- судовий наказ видається без судового засідання;

- судовий наказ видається без виклику стягувача та боржника.

Саме в цій стадії чітко проявляється спрощений характер наказного провадження. Відсутність судового розгляду і виклику сторін у судове засідання, що є серцевиною спрощених проваджень у цивільному процесі багатьох країн світу, являє собою важливу вирізняльну ознаку наказного провадження в порівнянні з іншими видами цивільного судочинства в Україні [20, с. 78]. Але до цього слід додати, що такий порядок розгляду відносин є винятковим і має зумовлюватися

чіткими матеріальними основами визначення права вимоги.

З наведеного випливають й інші характерні риси наказного провадження, які не завжди однозначно тлумачаться вченими. Процесуальною особливістю наказного провадження є те, що під час розгляду справи не може бути застосовано такі процесуальні інститути як: призначення справи до судового розгляду, забезпечення доказів, призначення експертизи, передача справи до іншого суду за підсудністю, заміна ненаалежної сторони, зулупнення провадження, закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду [21]. Автор вважає важливим до наведеного переліку додати й забезпечення позову, що має застерегти зловживання правами з боку боржника в період до набрання судовим наказом законної сили.

Наказне провадження є документарним, оскільки суддя розглядає заяву про видачу судового наказу лише на підставі наданих заявником документів, без судового засідання та виклику стягувача і боржника для заслуховування їх пояснень. На думку Платонової Н. А. це є порушенням прав боржника у зв'язку з тим вона пропонує змінити процедуру видачі судового наказу, а саме після прийому заяви, у разі відповідності нормам ЦПК направляти боржнику копії заяви на видачу судового наказу та у разі, якщо боржник протягом 10 днів з дня отримання копії, не звернувся до суду із запереченням, підтвердженим беззаперечними доказами – видавати судовий наказ [22, с. 76]. Однак, на думку автора, це значно сповільнить процедуру видачі судового наказу. Крім того, як зазначає Фурса С. Я. порядок видачі судового наказу у цивільному процесі характеризується тим, що передбачає процесуальні заходи захисту прав боржника – процесуальний строк для подання заяви про скасування судового наказу [23, с. 72]. Дійсно, дане положення має гарантувати самозахист прав боржником, але і це положення не слід розглядати як абсолютне, коли боржник не міг з поважних причин реалізувати своє право на подання заяви про скасування судового наказу.

Відповідно до ст. 102 ЦПК [24] у разі прийняття судом ухвали про відкриття наказного провадження, суд у триденний строк з моменту її постановлення видає судовий наказ по суті заявлених вимог. Зміст судового наказу має відповідати вимогам ст. 103 ЦПК.

Судовий наказ складається лише зі вступної та резолютивної частин, посилання на норми законодавства, які застосовував суд при прийнятті викладеного у наказі рішення, повинні у ньому зазначатись, але факти, що встановив суд, та його мотиви, які, зазвичай, зазначають в описовій та мотивувальній частині рішення суду, у судовому наказі упускають [25, с. 132].

Крім того, як зазначає Фурса С. Я., особливості судового наказу полягає у його подвійності: з одного боку, він є судовим рішенням, а з іншого – виконавчим документом. Така подвійна його природа є винятком із загального правила та зумовлена необхідністю захисту безспірних прав стягувача у спрощеному порядку на підставі безспірних доказів [26].

Що ж стосується скасування судового наказу, то передбачена ЦПК процедура є способом захисту прав боржника у наказному провадженні, адже в разі подання заяви про скасування судового наказу він може висловити свою позицію щодо заявлених вимог стягувача. Так, відповідно до ч. 1–2 ст. 104 ЦПК [27] після видачі судового наказу суд не пізніше наступного дня надсилає його копію боржникові рекомендованим листом із повідомленням; одночасно з копією судового наказу боржникові надсилається копія заяви стягувача з копіями доданих до неї документів. Згідно з ч. 1 ст. 105 ЦПК [28] боржник має право протягом десяти днів з дня отримання копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування.

Особливістю скасування судового наказу є те, що заява про скасування судового наказу подається до того ж самого суду, який його видав. Крім того, при розгляді заяви про скасування судового наказу проводиться відкрите судові засідання, викликаються стягувач і боржник, досліджуються обставини справи, виникає можливість апеляційного оскарження ухвали про незадоволення заяви про скасування судового наказу. Але з положенням ч. 6 ст. 105–1 ЦПК важко погодитися, оскільки в цій нормі не передбачена процедура проведення судового засідання, зокрема, послідовність виступів, подачі клопотань тощо. Більше того, таке провадження в справі суперечить сутності наказного провадження як документального і може асоціюватися з розглядом спору про право по суті, що має розглядатися в порядку позовного провадження тощо.

Що ж стосується виконавчого напису, то метою вчинення нотаріусом виконавчих написів є скорочення кількості судових справ, що виникають з уже врегульованих договірних відносин, коли є безперечне підтвердження невиконання боржником своїх зобов'язань перед кредитором, або з певної специфіки нотаріальних дій [29, с. 7]. Автор сприймає дане положення як занадто загальне і таке, що не зовсім відповідає Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 [30]. На думку автора, для нотаріусів безспірною може вважатися лише нотаріальна форма, що може бути у наступному

підтвержене відповідальністю нотаріуса за вчинений ним виконавчий напис, коли його дії будуть оскаржуватися в судовому порядку тощо.

Спільною ознакою судового наказу та виконавчого напису є те, що особа, яка звертається до нотаріуса для вчинення виконавчого напису також називається стягувачем (як і в наказному провадженні), однак такий статус їй належить з моменту подання заяви нотаріусу, а в наказному провадженні – з моменту прийняття заяви судом. Друга сторона в обох випадках – боржник. [31, с. 42]. Але у ЦПК статус особи, яка звертається за судовим наказом, позначається і як заявник, що представляється більш виваженим терміном, оскільки не можна наперед визначити особу стягувачем. Інакше, навіть при зверненні зі «штучною» заявою з метою зловживання правом особа отримуватиме статус стягувача, хоча за реальними правовідносинами вона розцінюватиметься як правопорушник тощо.

Схожим є і правове становище осіб, як зазначає Грошева О., особа, що звертається за здійсненням виконавчого напису (особисто або через свого представника), має визначені права на участь у нотаріальному процесі по вчиненню виконавчого напису. Особа, щодо якої вчиняється виконавчий напис, по суті, позбавлена права брати участь у нотаріальному процесі, однак має право оскаржити відповідні дії нотаріуса після їхнього вчинення. [32, с. 96]

Виконавчий напис (окрім вимоги про несплату чеку) вчиняється нотаріусом незалежно від місця виконання вимоги, знаходження боржника або стягувача.

Як зазначає Фурса С. Я. вчинення виконавчого напису, за загальним правилом, належить до одноетапних нотаріальних проваджень (винятком є нотаріальне провадження щодо вчинення виконавчого напису на борговому документі, за яким стягнення слід проводити частинами, наприклад періодичні платежі – стягнення аліментів) і в своєму розвитку проходить три стадії: 1) відкриття нотаріального провадження, яке зводиться до подання кредитором (стягувачем або уповноваженим представником) нотаріусу письмової заяви про вчинення виконавчого напису; 2) підготовка до вчинення даного нотаріального провадження; 3) вчинення виконавчого напису [33]. Автор відносить таку процедуру вчинення виконавчого напису до найпростіших його видів, коли діяльність нотаріусів підпорядковувалася раніше діючій Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства Юстиції України від 03.03.2004 № 20/5.

При введенні в дію Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5 (надалі –

Порядок) [34], вчинення виконавчого напису істотно змінилося, хоча й не з усіма положеннями цього нормативного акту можна погодитися. Так, у Главі 11 Порядку [35] «Реєстрація нотаріальної дії та визнання її вчиненою» буквально наведено: «Виконавчий напис нотаріуса набирає чинності з дати його реєстрації в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій, про що зазначається у тексті самого виконавчого напису», а у главі 12 «Виконавча сила нотаріального документа» замість сутності виконавчої сили нотаріального документа розкриваються вимоги до форми виконавчого напису.

У розділі II Порядку [36] «Порядок вчинення окремих видів нотаріальних дій» неможливо погодитися з положенням ч. 3.3. глави 12 «Видача свідоцтв про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів)», де зроблено цілий ряд помилок. Проаналізуємо це положення буквально, а саме: «Свідоцтво про придбання заставленого майна на аукціоні видається нотаріусом на підставі акта (копії затвердженого суддею акта) про проведений аукціон. Складений організатором аукціону акт про проведений аукціон подається на затвердження нотаріусу, який вчинив виконавчий напис про необхідність звернення стягнення на заставлене майно або який прийняв рішення». По-перше, перше речення у цитаті не узгоджується за змістом з другим. По-друге, ні суд, ні нотаріус не приймали участь в організації торгів, тому вони не можуть затверджувати акт про проведений аукціон. По-третє, коли йдеться про приватних нотаріусів, то професійна діяльність конкретного нотаріуса може бути припиненою, тому не можна штучно прив'язувати до повноважень конкретного нотаріуса, який вчинив виконавчий напис, наступні наслідки, які слідуватимуть за його вчиненням. Таке положення, запозичене з цивільного процесу, може призвести до небажаних результатів, коли набувач майна не здатен буде отримати свідоцтво про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів) через відсутність нотаріуса, який вчинив виконавчий напис.

Характерно, що при вчиненні виконавчого напису нотаріус з'ясовує обумовлені в Порядку обставини на підставі визначених документів і вчиняє виконавчі написи:

– якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем;

– за умови, що з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року.

У разі якщо нотаріусу необхідно отримати іншу інформацію чи документи, які мають відношення до вчинення виконавчого напису, нотаріус вправі витребувати їх у стягувача. Хоча в цій ситуації важко погодитися

з положенням Порядку, оскільки витребувати у заявника додаткові документи складно через те, що він вправі відмовитися від вчинення виконавчого напису. Дійсно, він може їх надати добровільно, але може просити нотаріуса витребувати додаткові документи від підприємств, установ і організацій на підставі ст. 4 Закону України «Про нотаріат» [37].

З цього положення випливає, що основним документом для вчинення виконавчого напису має стати договір. Як зазначає Свідерська М. зміст заяви для вчинення виконавчого напису нотаріусом істотно відрізняється від заяви про видачу судового наказу. Насамперед, це зумовлено тим, що основним документом для нотаріуса є борговий документ, на якому він і вчиняє виконавчий напис. Саме в цьому документі містяться основні відомості, необхідні нотаріусу, а в заяві центральне місце посідають відомості про боржника [38, с. 42].

Як і в наказному провадженні обов'язковою вимогою вчинення виконавчого напису нотаріуса є вичерпний перелік вимог, за якими може бути вчинена ця нотаріальна дія. Отже, нотаріусу необхідно перевірити, чи передбачена заборгованість, щодо якої потрібно вчинити виконавчий напис, в Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів. Відповідно до ст. 88 ЗУ «Про нотаріат» [39] нотаріус вчиняє виконавчі написи, якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем.

Отже, другою обов'язковою вимогою вчинення виконавчого напису нотаріуса є безспірність заборгованості чи іншої відповідальності боржника, яка для нотаріуса підтверджується наданими стягувачем документами згідно з Переліком, де в кожному розділі після найменування вказуються документи, які необхідно пред'явити для вчинення виконавчого напису по кожній заборгованості.

За відсутності хоча б одного документа з визначеного переліку у вчиненні виконавчого напису повинно бути відмовлено. Ця формальна умова відображає одночасно і зміст нотаріальної діяльності, і суперечність, яку закладено в юридичній природі виконавчого напису у зв'язку із зарахуванням його до компетенції нотаріату. Оскільки закон не наділяє нотаріат повноваженнями вивчати й досліджувати докази, то обмежує можливість кредитора підтвердити своє право вимоги іншими доказами, натомість, надає документам, зазначеним у переліку, особливої сили – презумпції безспірності [40, с. 157]. Але наголошу, що безспірність документів і для нотаріуса, і для суду визначається законодавством без обґрунтування відповідних критеріїв, з чим важко погодитися.

Виконавчий напис пропонується видавати лише за доказами, наданими однією

стороною – стягувачем, а заперечення проти вчинення виконавчого напису взагалі в нотаріальному порядку розглянуті не можуть бути, оскільки це виходить за межі компетенції нотаріусів і можуть суперечити принципу безспірності нотаріального процесу [41, с. 72]. Автор вважає, що тут проявляється істотна непослідовність законодавця, оскільки допускається, що в цивільному судочинстві можливі випадки зловживання правом і будь-яких застережень з приводу зловживання правом в нотаріальному порядку не зроблено. Однак, і судовий наказ, і виконавчий напис нотаріуса можуть слугувати підставою для їх примусового виконання, тому вважаємо непослідовним допускати можливість зловживання правом у судочинстві і не враховувати дане положення при вчиненні виконавчого напису нотаріусом.

Виконавчий напис вчиняється за наявності документів, визначених в законодавстві, які надав стягувач та за відсутності боржника. У зв'язку з чим «у якості одного із заходів вдосконалення виконавчого напису вказується на необхідність в усіх без винятку випадках пред'явлення нотаріусу документального підтвердження факту сповіщення боржника про необхідність погасити заборгованість у добровільному порядку і відсутності у боржника заперечень [42, с. 10–11]». Така послідовність процедури дозволить певною мірою застерегти випадки зловживання правом, але на відміну від діяльності суду, який особисто направляє документи боржнику, при вчиненні виконавчого напису передбачається орієнтуватися на докази повідомлення боржника стягувачем, що не застереже випадків зловживання правом. Тому вважаємо раціональним зробити процедуру діяльності нотаріуса подібною до діяльності суду та здійснювати, в такому випадку, передачу документів від стягувача до боржника через нотаріуса, що застереже випадки фальсифікації доказів передачі таких документів.

Зокрема, в Порядку [43] допускається таке: «Повідомлення вважається надісланим, якщо є відмітка іпотекодавця на письмовому повідомленні про його отримання або відмітка поштового відділення зв'язку про відправлення повідомлення на вказану в іпотечному договорі адресу». Але положення про «відправлення повідомлення» не доводить факт його вручення, а також не фіксує дати отримання такого повідомлення, тому необхідно внести відповідні зміни до Порядку.

Варто погодитись з думкою Нікітюк О. М., яка вважає необхідним захищати права боржника від недобросовісного кредитора [44, с. 8].

З приводу безспірності, слушною є й думка Фурси С. Я., яка зазначає, що нотаріус в силу його компетенції може встановлювати права громадян, які звертаються

до нього за вчиненням нотаріальних проваджень, лише в тому випадку, коли такі права однозначно можуть бути встановлені ним за допомогою безспірних доказів. Автор виділяє три можливих види спорів, які підвідомчі суду: 1) спір про факт; 2) спір про право; 3) спір про обов'язки. І зазначає, що для нотаріального процесу не характерні такі спори. Тому для охорони прав осіб в нотаріальному процесі сам факт, право особи та обов'язки не повинні викликати сумніву у нотаріуса. Тобто нотаріальний процес має бути абсолютно безспірним [45, с. 69].

Виконавчий напис повинен видаватися у суворо передбачені законом строки, так відповідно ст. 88 ЗУ «Про нотаріат» [46] зазначено, що нотаріус вчиняє виконавчий напис, за умови що з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року. Якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом встановлено інший строк давності, виконавчий напис видається у межах цього строку. Тобто в даному випадку передбачається, що боржник буде заперечувати чинність вимог стягувача, але нотаріус в такій ситуації, на наш погляд, має роз'яснити стягувачу право на звернення до суду з проханням про поновлення строку на звернення до суду, що випливає зі ст. 5 Закону України «Про нотаріат» [47]. Але строк, пропущений стягувачем навіть з поважних причин, не може бути поновлений нотаріусом.

Отже, у разі пропущення строку, передбаченого для вчинення виконавчого напису, нотаріус відмовляє у вчиненні цієї нотаріальної дії і в такому випадку стягувачу для захисту своїх прав необхідно звертатись з такою вимогою до суду, яка буде розглядатись в порядку позовного провадження.

Спільною ознакою судового наказу і виконавчого напису нотаріуса є те, що ці акти є виконавчими документами, що підлягають виконанню органами примусового виконання, а тому зміст судового наказу та виконавчого напису нотаріуса мають відповідати вимогам, встановленим ЗУ «Про виконавче провадження».

На відміну від судового наказу, який може бути оскаржений боржником до суду, який його видав, внаслідок чого він може бути скасований чи змінений, оскарження виконавчого напису боржником нотаріусу не можливе, у силу безспірності нотаріального процесу. Отже, боржник має звертатись до суду із позовною заявою про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Отже, процедура видачі судового наказу та вчинення виконавчого напису нотаріусу має багато спільних ознак, а саме: суб'єктами є стягувач і боржник; вичерпний перелік вимог, на підставі яких видається судо-

вий наказ та вчиняється виконавчий напис; об'єктом захисту є безспірне право та інтерес заявника; відсутність спору про право; встановлений строк позовної давності для наказного провадження та строк для вчинення виконавчого напису, у разі пропуску якого в обох випадках необхідно звертатись із заявою до суду, яка вже буде розглядається в порядку позовного провадження; судовий наказ і виконавчий напис видають за доказами, наданими однією стороною – стягувачем, тому обидва провадження є документарними; судовий наказ і виконавчий напис нотаріуса мають однакову юридичну силу і обидва є виконавчими документами.

Однак, існують і певні відмінності: строк видачі судового наказу довший ніж строк вчинення виконавчого напису нотаріусом; процедура скасування судового наказу простіша, ніж процедура скасування виконавчого напису нотаріуса. Однак, автор дотримується концепції, що виконавчий напис нотаріуса має вчинятися лише на оригіналах нотаріально посвідчених документів, а судовий наказ має стосуватися всіх інших безспірних вимог стягувачів, які ґрунтуються на безспірних доказах, що зумовлює необхідність узгодження положень Переліку. Більше того, процедура діяльності нотаріусів і суду має бути подібною і передбачати охорону і захист прав та інтересів всіх суб'єктів процесу, застерігати можливість зловживання правом тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Фурса С.Я. Современные проблемы нотариата, исполнительной службы и научные пути их решения // Матеріали науково-практичної конференції «Актуальні питання теорії і практики нотаріального, цивільного, виконавчого процесу: їх співвідношення та взаємодія» / За заг. ред. д.ю.н., проф. С.Я. Фурси. – К.: ЦУЛ, 2013. – 532 с.
2. Харитонов Є.О. Цивільний процес України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/glavy/74412-pdrozdl-nakazne-provadjennya.html>.
3. Фурса С.Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
4. Харитонов Є.О. Цивільний процес України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/glavy/74412-pdrozdl-nakazne-provadjennya.html>
5. Вербіцька М.В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис.к.ю.н.:12.00.03. – Львів, 2011. – 231 с.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print1476958318604106>
7. Фурса С.Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
8. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>

9. Закон України «Про судовий збір» від 08.07.2011 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3674-17/print1476958318604106>.
10. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>.
11. Там само.
12. Фурса С.Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
13. Балюк М.І., Лупеник Д.Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. – Х., 2008. – 708 с.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawbook.online/protses-ukrajini-tsvivilnyi/scho-oznachaet-quotspir-pro-pravoquot-pri-57659.html>.
14. Єрошенко О.Б. Спір про право в наказному провадженні: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.stationline.org.ua/politologiya/30-politika/1389-spir-pro-pravo-una-kaznomu-provadzhenni.html>.
15. Вербіцька М.В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис.к.ю.н.:12.00.03. – Львів, 2011. – 231 с.
16. Сенік С. Поняття та характерні ознаки наказного провадження: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radnuk.info/home/24340-2013-05-31-15-57-45.html>
17. Фурса С.Я. Цивільний процес України: академічний курс. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – 848 с.
18. Щербак С.В. Підстави видачі судового наказу: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uabs.edu.ua/images/stories/docs/K_KPD/Shcherbak_18.pdf
19. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» 23.12.2011 № 14: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0014740-11/print1476958318604106>.
20. Татулич І. Співвідношення понять «судове рішення» та «судовий наказ» у цивільному процесі // Юридична Україна. – 2013. – № 6. – с. 76–81.
21. Петров Є.В. Наказне провадження: сучасний стан та перспективи розвитку: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rap.in.ua/2_2014/34.pdf.
22. Плахотіна Н.А. Шляхи вдосконалення наказного провадження в Україні // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2014. – № 29. – с. 75–80.
23. Фурса С.Я. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох книгах / за заг. ред. д.ю.н., професора, заслуженого юриста України С.Я. Фурси. – 3-те вид., доповн. і переробл. – К.: Алерта, 2015. – 484 с.
24. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>.

25. Вербіцька М. В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис.к.ю.н.:12.00.03. – Львів, 2011. – 231 с.
26. Цивільний процес України. Академічний курс: підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]; за ред. С.Я. Фурси. – К.: Вид. Фурса С.Я.; КНТ, 2009. – С. 610.
27. Цивільний процесуальний кодекс України (проект): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/>.
28. Там само.
29. Нікітюк О. М. Особливості виконавчого напису нотаріуса як способу охорони права спільної власності подружжя // Цивілістична процесуальна думка. – 2016. – № 3. – с. 6–9.
30. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF>.
31. Свідерська М. Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса // Підприємство, господарство і право. – 2005. – № 4. – с. 42–44.
32. Грошева О. Нотаріальна і судова форми запису суб'єктивних прав // Право України. – 2006. – № 1. – с. 95–98.
33. Фурса С.Я. Теорія нотаріального процесу: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/knigi/466-teorya-notaralnogo-protsesu-fursa-sya.html>.
34. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1453366434468785>.
35. Там само.
36. Там само.
37. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1476958318604106>.
38. Свідерська М. Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса // Підприємство, господарство і право. – 2005. – № 4. – с. 42–44.
39. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1476958318604106>.
40. Мельник І. С. Процесуальні особливості вчинення виконавчих написів за нотаріально посвідченими правочинами // Наше право. – 2013. – № 10. – с. 155–160.
41. Фурса С.Я. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох книгах / за заг. ред.д.ю.н., професора, заслуженого юриста України С.Я. Фурси. – 3-те вид., доповн. і переробл. – К.: Алерта, 2015. – 484 с.
42. Алферов И. А. Совершение исполнительных надписей нотариусами / И. А. Алферов // Законодательство. – 2006. – № 10. – с. 10–15.
43. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1453366434468785>.
44. Нікітюк О. М. Особливості виконавчого напису нотаріуса як способу охорони права спільної власності подружжя // Цивілістична процесуальна думка. – 2016. – № 3. – с. 6–9.
45. Фурса С.Я. Нотаріат України: Книга 1. Організація нотаріату з практикумом: Підручник у трьох книгах / за заг. ред.д.ю.н., професора, заслуженого юриста України С.Я. Фурси. – 3-те вид., доповн. і переробл. – К.: Алерта, 2015. – 484 с.
46. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1476958318604106>.
47. Там само.

Дыка Алла Александровна
СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ ФИЗИЧЕСКИХ
И ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ: СУДЕБНЫЙ ПРИКАЗ И ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ НАДПИСЬ
НОТАРИУСА (СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ)

В данной статье проведен сравнительный анализ судебного приказа и исполнительной надписи нотариуса. Исследуется специфика выдачи судебного приказа и процедуры совершения исполнительной надписи нотариуса в процессе защиты гражданских прав физических и юридических лиц.

Ключевые слова: *судебный приказ, исполнительная надпись, бесспорная, упрощенная процедура, защита, гражданское право.*

Alla Dyka
METHODS FOR PROTECTING CIVILIAN RIGHTS OF PHYSICAL AND LEGAL PERSONS:
COURT ORDER AND NOTARY'S EXECUTIVE INSCRIPTION (COMPARATIVE ANALYSIS)

In this article, a comparative analysis of the court order and notary's executive inscription is carried out. The specifics of issuing a court order and the procedure for executing notary's executive inscription in the process of protecting the civil rights of physical and legal entities are investigated.

Keywords: *court order, notary's executive inscription, indisputable, simplified procedure, protection, civil law.*