

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ СКЛАДОВОЇ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ ПРИ ВЧИНЕННІ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСОМ

THE PROCEDURAL COMPONENT OF THE LEGALITY PRINCIPLE IMPLEMENTATION WHILE DOING THE ENFORCEMENT INSCRIPTION BY A NOTARY

Коломієць Я.Л., к. ю. н.,
асистент кафедри цивільного процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню одного із видів позасудової форми захисту майнових прав та інтересів кредитора – виконавчому напису. У роботі проаналізовані порядок вчинення й умови, за яких нотаріус може вчинити цю нотаріальну дію.

Встановлено, що нотаріус при вчиненні виконавчого напису за іпотечними договорами, крім загальних умов, повинен дослідити й перевірити ще додаткову умову – надсилання стягувачем вимоги про усунення порушення зобов'язання перед боржником й попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги не менш ніж за тридцятиденний строк до вчинення виконавчого напису. Акцентовано, на тому, що така вимога кредитора до боржника, як сплата боргу і виконання договірних та інших зобов'язань в юридичному словнику визначено як претензія і є окремим самостійним способом захисту порушених прав. Встановлено, що надсилання кредитором письмової вимоги-претензії про усунення порушень є самозахистом. Цивільний кодекс закріплює право особи на самозахист, а не обов'язок із самозахисту, передбачений Законом України «Про іпотеку».

Проаналізовано судову практику у справах про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню. Виявлено, що мають місце рішення суду, в яких виконавчий напис, вчинений нотаріусом відповідно до вимог нотаріального законодавства, визнається таким, що не підлягає виконанню через відсутність вимоги стягувача до боржника в тих правовідносинах, для яких вона не передбачена.

Доведено хибність позиції суду, який вважає, що шляхом надіслання іпотекодержателем повідомлень – письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю та боржнику нотаріус захищає права боржника. Захист прав боржника нотаріус здійснює шляхом перевірки законності вимог кредитора (стягувача): дослідження правовідносин між кредитором та боржником, дослідження документів, які надаються стягувачем, встановленням строків, за який проводиться стягнення заборгованості.

Висловлено думку, що надіслання письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю й боржнику за тридцять днів до вчинення виконавчого напису не повинно взагалі застосовуватися ні до виконавчих написів за іпотечними договорами, ні до інших виконавчих написів. Запропоновано змінити закріплені обов'язок стягувача надсилати письмову вимогу боржнику на право стягувача і внести відповідні зміни до ст. 35 Закону України «Про іпотеку».

Ключові слова: виконавчий напис, нотаріус, оскарження виконавчого напису, претензія, самозахист.

The article is devoted to the study of one of the types of extrajudicial form of protection of property rights and interests of the creditor – the executive inscription. The paper analyzes the procedure for performing and the conditions under which a notary can perform this notarial act.

It has been established that a notary, when making a writ of execution under mortgage agreements, in addition to the general conditions, must examine and verify an additional condition: the claimant sends a demand to eliminate the violation to the debtor and a warning about foreclosure on the subject of mortgage in case of failure to comply with this requirement for at least three writ of execution. The requirement of the creditor to the debtor to pay the debt and fulfill contractual and other obligations in the legal dictionary is defined as a claim and is a separate independent way to protect violated rights. It has been established that the provision by the creditor of a written demand for the elimination of violations to the debtor – a claim is self-defence. The Civil Code enshrines the right of the individual to self-defence, and not the obligation to self-defence, provided for in the Law of Ukraine «On Mortgage».

The jurisprudence in cases on the recognition of executive inscriptions as unenforceable has been analyzed. It was revealed that there are court decisions in which the executive inscription made by a notary in accordance with the requirements of notarial legislation is recognized as unenforceable due to the absence of the debtor's claim by the recoverer in those legal relations for which it is not provided. It is indicated that the position of the court is erroneous, which considers that by sending notifications by the mortgagee – a written demand to eliminate violations of the mortgagor and the debtor, the notary protects the rights of the debtor. The notary shall protect the rights of the debtor by checking the legitimacy of the claims of the creditor (collector): study of legal relations between the creditor and the debtor; study of documents provided by the collector, setting the time limits for which debt collection is carried out.

It has been suggested that the sending of a written demand to eliminate violations to the mortgagor and the debtor thirty days before the execution of the writ of execution should not be generally applied either to writ of execution under mortgage agreements or to other writ of execution. It is proposed to change the fixed obligation of the recoverer to send a written demand to the debtor to the right of the claimant and to make appropriate changes to Art. 35 of the Law of Ukraine «On mortgage».

Key words: enforcement inscription, notary, recourse to court to invalidate enforcement inscription, claim, self-defence.

Вступ. Для належного розвитку договірних відносин правова держава повинна забезпечити суспільство належними способами захисту суб'єктивних прав їх учасників у випадку порушення третіми особами або ж учасником (учасниками) цих прав. Найпоширенішим і найпопулярнішим способом захисту порушеного права на сьогодні є звернення особи до суду, що закріплено у ст. 55 Конституції України. Судовий спосіб захисту порушеного права передбачає рівноправну участь у процесі сторін договірних відносин, а також те, що до суду має право звертатися будь-яка із сторін відповідних правовідносин.

В процесі розвитку цивільного й цивільно-процесуального права, крім примусового судового порядку, з'явився альтернативний (другий) примусовий спосіб захисту порушеного права – виконавчий напис нотаріуса, яким можна скористатися шляхом звернення до нотаріуса. Зауважимо,

що цей спосіб на відміну від судового має свої переваги (швидкість розгляду справи, зручність, простота) й може бути значно ефективнішим у застосуванні. Наявність цих двох способів примусового захисту цивільних прав вважається великим досягненням правової думки, що втілена в національне законодавство, бо вони є необхідними й доцільними правовими механізмами реального захисту цивільних прав учасників договірних відносин. З огляду на сказане завданням науки цивільно-процесуального права слід назвати удосконалення й розвиток цих альтернативних одне до одного способів захисту цивільних прав, виокремлення специфічних правових рис кожного з них.

Метою даної статті є поглиблене дослідження порядку вчинення виконавчого напису нотаріуса як самостійного примусового способу захисту цивільних прав, суб'єктного складу цієї нотаріальної дії, оцінка стану розвитку україн-

ського законодавства в цій сфері та практики його застосування судами.

Передусім варто вказати, що інститут виконавчих написів нараховує тривалу історію і належить до несудових форм захисту інтересів кредиторів за безспірними зобов'язаннями, підтвердженими документами, що не викликають жодних сумнівів з боку їх достовірності [1, с. 248]. Правову природу виконавчого напису вивчали вітчизняні вчені: К. С. Юдельсон, І. Воложанін, В. В. Комаров, В. В. Баранкова, С. Я. Фурса, І. С. Мельник, І. І. Строкач, А. Г. Серветник та ін. Предметом пошуків науковців були суть поняття «виконавчий напис», форма, загальні умови його вчинення нотаріусом, правовий статус виконавчого напису в цивільстичному процесі.

Постановка завдання. Виконавчий напис нотаріуса як альтернативний позасудовий спосіб захисту прав кредитора (стягувача) є дійсно ефективним лише у тому випадку, коли кредитор у зручний час і швидко може отримати належні йому майно або кошти без будь-яких перешкод. Правовими «перешкодами» в сучасному законодавстві й практиці його застосування можна назвати ті випадки, коли боржник, скориставшись своїми правами, закріпленими у ст. 4 Цивільного процесуального кодексу, ст. 4 Господарського процесуального кодексу і ст. 50 Закону України «Про нотаріат», у судовому порядку визнає виконавчий напис, вчинений нотаріусом відповідно до всіх вимог законодавства, таким, що не підлягає виконанню, і далі на підставі цього зупиняє виконавче провадження. Як наслідок, кредитор втрачає можливість у обраний ним спосіб отримати своє майно або кошти чи взагалі втрачає це майно або кошти.

Вчені неодноразово досліджували питання оскарження виконавчого напису в судовому порядку. Наприклад, І. І. Стокач виокремлює найпоширеніші підстави визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, а саме: порушення порядку вчинення виконавчого напису; не надсилання вимоги стягувача; сплив строків давності; неповнота й невідповідність законодавству документів, наданих нотаріусу; відсутність у змісті виконавчого напису відомостей, передбачених законодавством [2, с. 13].

Нами була вивчена судова практика у справах про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню через не надсилання вимоги стягувача боржнику.

Передусім вкажемо, що надсилання письмової вимоги про усунення порушень і повідомлення про звернення стягнення на предмет іпотеки боржнику встановлене чинним законодавством лише при вчиненні виконавчого напису за іпотечними договорами, що передбачають право звернення стягнення на предмет іпотеки у разі прострочення платежів за основним зобов'язанням до закінчення строку виконання основного зобов'язання. У законодавстві відсутні положення щодо потреби висування такої вимоги для виконавчих написів з інших правовідносин. При аналізі судової практики була виявлена значна кількість судових рішень, в яких виконавчий напис визнається таким, що не підлягає виконанню саме з підстав не надсилання вимоги стягувача боржнику в тих випадках, коли така умова для вчинення виконавчого напису не закріплена законом. Кількість прикладів судової практики, в яких вчинений відповідно до вимог закону виконавчий напис визнається таким, що не підлягає виконанню, зростає, що створює небезпеку, бо такий стан справ, по суті, руйнує інститут виконавчого напису нотаріуса як примусовий позасудовий спосіб захисту цивільних прав. Як вказано вище, однією з цілей даної статті є доведення, що умова щодо надіслання стягувачем боржнику письмової вимоги про усунення порушень є лише правом стягувача і не може бути обов'язковою при вчиненні виконавчого напису нотаріусом (крім вико-

навчих написів за іпотечними договорами), отже, спробуємо її досягти, як, до речі, й інших.

Основний зміст. Вчинення виконавчих написів допускається лише у випадках, визначених чинним законодавством. Наведене правило не підлягає розширеному тлумаченню. Виходячи з цього, виконавчий напис, як і будь-яка нотаріальна дія, повинен здійснюватися з дотриманням принципу законності, проявом чого в діяльності нотаріальних органів є постановка законного нотаріального акта, законність якого завжди пов'язується з дотриманням матеріальних і процесуальних норм.

Із матеріально-правового боку дія принципу законності при вчиненні виконавчого напису полягає в тому, що нотаріус вчиняє нотаріальні дії, керуючись правовими нормами, якими регулюються певні правовідносини. Процесуально-правовий бік дії принципу, що розглядається, знаходе свій прояв у тому, що порядок вчинення виконавчого напису суворо врегульований законодавством [1, с. 121]. Таким чином, будь-яке відхилення від такого порядку вчинення виконавчого напису або застосування матеріальних норм, які не регулюють вказані правовідносини, матиме наслідком постановлення незаконного нотаріального акта.

Враховуючи сказане, додамо, що вчинення виконавчого напису нотаріусом характеризується певною послідовністю, що відображає процесуальну природу нотаріального провадження [3, с. 155]. Законодавцем встановлені єдиний порядок й умови вчинення виконавчих написів, незалежно від тих правовідносин, які стали підставою звернення до нотаріуса, винятком є виконавчий напис за іпотечним договором, для якого передбачений спеціальний порядок і додаткові умови. Процесуальний порядок цієї нотаріальної дії регулюється статтями 87–91 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3426-ХІІ, главою 16 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» (далі – Порядок), затвердженого наказом МЮУ від 22.02.2012 р. № 296/5, і Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів (далі – Перелік), затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 року № 1172.

Вивчивши приписи, можемо констатувати, що відповідно до нотаріального процесуального законодавства нотаріус при вчиненні виконавчого напису має дотриматися наступної процедури: встановити особу, яка звернулася до нотаріуса, обсяг її цивільної дієздатності, встановити правовідносини, які існують між стягувачем і боржником, і перевірити, що в Переліку дійсно передбачено стягнення заборгованості за даними правовідносинами шляхом вчинення виконавчого напису, відібрати заяву стягувача про вчинення виконавчого напису. Також у законодавчих положеннях наведені умови вчинення виконавчого напису, які згідно з процесуальним порядком нотаріус повинен встановити і перевірити. Першою з них вказана безспірність заборгованості боржника. При дослідженні цієї умови нотаріус має перевірити, що подані стягувачем документи визначені в Переліку, оскільки безспірність заборгованості пов'язана тільки й виключно з документами, передбаченими цим Переліком. Законодавець не пов'язує безспірність заборгованості з якимись суб'єктивними фактами (відсутністю заперечень із боку боржника, письмовим визнанням суми боржником, його ставленням до процесу вчинення нотаріальної дії тощо), а з наявністю пакету певних вказаних документів, які (виключно які) безпосередньо підтверджують факт безспірності заборгованості [4, с. 75].

Другою умовою вчинення виконавчого напису вважається з'ясування, чи дотримано строк пред'явлення вимоги. Відповідно до цього нотаріус визначає, з якого часу (моменту) у кредитора з'явилося право вимоги, і перевіряє, який строк пред'явлення даної вимоги вста-

новлений законодавством. На сьогодні виконавчий напис може бути вчинено, якщо з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років за загальним правилом або якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом встановлено інший строк давності, виконавчий напис видається у межах цього строку [5]. За загальним правилом, право вимоги у стягувача виникає з моменту невиконання та/або порушення зобов'язання. Для деяких правовідносин такі строки мають конкретну регламентацію. Так, у правовідносинах, які виникають із договору фінансового лізингу (як зафіксовано в п. 1 ч. 4 ст. 17 Закону України «Про фінансовий лізинг»), право примусового стягнення боргу з'являється на 61 календарний день із моменту прострочення часткового або в повному обсязі лізингового платіжу [6], а у правовідносинах, зобов'язання яких підтверджується аграрними розписками, – у разі невиконання боржником зобов'язань у строк, вказаний в аграрній розписці [7].

Зупинимось й на тому, що нотаріус за умови витребування майна повинен також перевірити, що на майно, яке є предметом стягнення, відсутня заборона звернення стягнення за законодавством України або в ньому не передбачено, що звернення стягнення на таке майно відбувається виключно на підставі рішення суду, а в разі вчинення виконавчого напису за договором іпотеки – наявність чи відсутність заставної, інших іпотекодержателів на це майно [5].

Законодавець встановив, що нотаріус вирішує питання про вчинення виконавчого напису на підставі документів, наданих лише однією стороною – стягувачем, і не має запитувати й одержувати пояснення боржника з приводу заборгованості для підтвердження чи спростування її безспірності, тобто залежно від кількості суб'єктів, які беруть участь у нотаріальному провадженні, це односуб'єктна нотаріальна дія. Особливістю нотаріального провадження з вчинення виконавчого напису є те, що в ньому поряд із нотаріусом бере участь лише один суб'єкт нотаріальних правовідносин – стягувач [3, с. 217]. Тому такі додаткові умови, як, наприклад, згода чи пояснення боржника, попередження боржника про вчинення виконавчого напису не потрібні, а присутність боржника взагалі не допускається відповідно до нотаріального законодавства.

Вищеперераховані умови й порядок були обов'язковими й однаковими для вчинення виконавчого напису, незалежно від виду правовідносин, які передбачають дану нотаріальну дію, починаючи з 1944 року і до 2004 року. Це знайшло відображення в законодавчих актах України, якими врегулювалися порядок вчинення виконавчого напису, як-от: «Положення про державний нотаріат» і «Перелік документів, на підставі яких вчиняються нотаріальні виконавчі написи на стягнення грошей і майна», затверджені Постановою Ради Народних Комісарів УРСР від 09.08.1944 р. № 1016; «Положення про державний нотаріат», затверджене Постановою Ради Міністрів Української РСР від 26.12.1956 р. № 1536; «Положення про державний нотаріат Української РСР» і «Перелік документів, на підставі яких вчиняються нотаріальні виконавчі написи на стягнення грошей і майна», затверджені Постановою Ради Міністрів Української РСР від 31.08.1964 р. № 941, Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріальними конторами Української РСР, затверджена наказом Міністерства юстиції Української РСР від 31.10.1975 р. № 45; «Перелік документів, по яким стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів державних нотаріальних контор», затверджений Постановою Ради Міністрів Української РСР від 12.10.1976 р. № 483. Будь-яких інших додаткових умов вчинення виконавчого напису не передбачалося.

У 2004 році до процедури вчинення виконавчих написів за іпотечними договорами вносяться зміни, які були

закріплені в Законі України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. № 898-IV й «Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами», затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 14.06.2004 р. № 18/5 (чинній на той час). На сьогодні ці вимоги зафіксовані у ст. 35 Закону України «Про іпотеку» й підпункті 2.3 глави 16 чинного на сьогодні «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», затвердженого наказом МЮУ від 22.02.2012 р. № 296/5. Відповідно до норм вказаних актів вчиненню виконавчого напису за іпотечними договорами передують необхідність дотримання додаткових умов стягувачем і вчинення додаткових процесуальних дій нотаріусом. Так, згідно зі ст. 35 Закону України «Про іпотеку» (далі – Закон) у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі викладається стисло зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк і попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у випадку невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, він має право прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору [8]. У такий спосіб кредитор попереджає боржника про вжиття в майбутньому заходів позасудового захисту свого права. Зауважимо, що в юридичному словнику письмова вимога кредитора до боржника про сплату боргу і виконання договірних та інших зобов'язань означена як претензія [9, с. 337], що, крім того, визнається окремим самостійним способом захисту порушених прав, тобто перед зверненням до нотаріуса за захистом свого права стягувач повинен застосувати претензійний спосіб захисту.

До сказаного додамо, що кредитор (стягувач) із моменту порушення основного зобов'язання та (або) умов іпотечного договору до спливу тридцятиденного строку надіслання претензії боржнику обмежений у захисті свого права шляхом звернення до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису. Тоді як до судової форми захисту права кредитор може вдатися незалежно від надіслання або не надіслання претензії боржнику, що передбачено частиною другою ст. 35 Закону. Незважаючи на те, що ч. 3 ст. 35 згаданого Закону закріплює, що вимога надіслання письмової вимоги про усунення порушення боржнику не перешкоджає реалізації іпотекодержателем своїх прав, визначених законом та/або іпотечним договором, без попереднього повідомлення іпотекодавця, якщо викликана таким повідомленням затримка може спричинити знищення, пошкодження чи втрату предмета іпотеки [8], на сьогодні не встановлено процедури перевірки нотаріусом випадків, коли така затримка може спричинити знищення, пошкодження чи втрату предмета іпотеки. Підсумовуючи, вкажемо, що кредитору за іпотечним договором для звернення до нотаріуса за захистом свого порушеного права потрібно виконати додаткову умову, а саме надіслати боржнику претензію не менше ніж за тридцять днів.

Нотаріус, у свою чергу, при вчиненні виконавчого напису додатково повинен переконатися, що повідомлення, претензія були надіслані боржнику і що з моменту надіслання минуло тридцять днів. Відповідно до п. 2.3 Порядку 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 і з дня надіслання повідомлення минуло тридцять днів [5].

Серед науковців існують різні точки зору щодо правової природи і мети письмової вимоги боржнику (претензії). Зокрема, В. В. Комаров і В. В. Баранкова вважа-

ють, що надсилання боржнику претензії від кредитора за тридцять днів має на меті спонукати боржників до добровільної сплати заборгованості, запобігти примусовому стягненню за відсутності наміру боржника ухилитися від виконання зобов'язань [1, с. 255]. Натомість А. Г. Серветник вважає, що законодавець забезпечує право боржника на захист його інтересів шляхом направлення йому повідомлення про заборгованість і необхідність її погашення [10, с. 103]. На нашу думку, наявність такої додаткової вимоги саме для іпотечних договорів можна пов'язати зі встановленим в Україні спеціальним режимом правового регулювання відносин, пов'язаних з обігом нерухомого майна. І дійсно, така вимога може спонукати боржника до виконання зобов'язань, оскільки він розуміє, що може бути позбавлений свого майна. Проте, як свідчить проаналізована судовою практикою, боржник намагається використати ці тридцять днів не на виконання зобов'язання, а навпаки, вчиняє дії, які унеможливають у майбутньому виконання виконавчого напису. Наприклад, звертається до суду з безпідставним оскарженням договору іпотеки або розмірів платежів та ін.

Відповідно до принципу свободи договору й рівності учасників цивільних відносин сторони вільно вступають у договірні відносини, самостійно обирають контрагента, визначають умови договору й погоджуються з наслідками порушення його умов. Оскільки особа добровільно і свідомо вступає в правовідносини, вона повинна виконувати свої зобов'язання добровільно без будь-яких додаткових спонукань, нагадувань з іншої сторони чи з боку третіх осіб. Виникнення ж заборгованості є наслідком свідомих дій боржника (у даному випадку несплати коштів), тому нагадування про виникнення заборгованості або вимога про виконання зобов'язань можуть бути лише правом кредитора, але не мають бути додатковою умовою чи перешкодою при захисті свого порушеного матеріального права.

З огляду на сказане зауважимо, що частина перша ст. 19 Цивільного кодексу України закріплює право особи на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахист – це застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Отже, надсилання кредитором письмової вимоги про усунення порушень, а саме претензії боржнику, можна вважати самозахистом. Звернемо увагу на те, що ст. 19 Цивільного кодексу закріплює саме право особи на самозахист, а не обов'язок до самозахисту. Виходячи з цього, кредитор має самостійно вирішувати, користуватися таким своїм правом чи ні. Так, частиною 2 ст. 222 Господарського кодексу України визначено, що претензія є правом сторони, а не обов'язком: у разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чії права або законні інтереси порушено, із метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів **має право** звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом [11].

Аналіз наведеної конструкції вчинення виконавчого напису за іпотечними договорами дає змогу зрозуміти, що такий спосіб захисту цивільних прав, як виконавчий напис нотаріуса ускладнюється шляхом впровадження у цей процес елементів інших процесуальних інститутів цивільного права, а саме претензії. Таким чином, перевага виконавчого напису нотаріуса перед судовим способом захисту прав кредитора (простота, швидкість, зручність тощо) у даному випадку втрачається, а сам позасудовий механізм захисту порушеного права кредитора за іпотечними договорами стає громіздким і тривалішим. Крім додаткової втрачає часу, грошей тощо, звернення за вчиненням виконавчого напису кредитору нічого не приносить.

Варто звернути увагу на ще один момент, а саме на те, така умова, як надсилання стягувачем письмової вимоги про усунення порушень (претензії) за тридцять днів наявна лише у випадку вчинення виконавчих написів за іпотечними договорами. Для виконавчих написів з інших правовідносин вона законодавством не передбачена і нотаріуси не мають права вимагати виконання цієї дії від стягувача. Дійсно, згідно з Порядком нотаріус має можливість витребувати від стягувача додаткові документи й інформацію при вчиненні виконавчого напису, але вони повинні мати відношення саме до нотаріальної дії. У той же час письмова вимога стягувача до боржника, по суті, є самозахистом і не стосується нотаріальних правовідносин. І якщо нотаріус вимагатиме від стягувача надіслання претензії боржнику, незважаючи на мету такої вимоги (спонукання боржника до добровільної сплати заборгованості, запобігання зверненню боржника до суду, забезпечення виконання виконавчого напису в майбутньому), це буде порушенням принципу законності нотаріусом, а саме його процесуальної складової, оскільки нотаріальним процесуальним законодавством процесуальна дія нотаріуса з перевірки надіслання вимоги за тридцять днів стягувачем при вчиненні виконавчого напису, крім іпотечних правовідносин, не передбачена. Таким чином, виконавчий напис, вчинений не за іпотечними договорами без надіслання стягувачем письмової вимоги (претензії) боржнику, є вчиненим з дотриманням вимог законодавства і не може бути визнаний в суді таким, що не підлягає виконанню з підстави не надіслання претензії боржнику.

Натомість, аналіз судової практики щодо визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню, показує, що мають місце рішення суду і навіть постанови Верховного Суду, в яких виконавчий напис, вчинений відповідно до вимог Закону України «Про нотаріат», глави 16 розділу II «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», «Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів», без надіслання попередньої вимоги боржнику не за іпотечними договорами визнається таким, що не підлягає виконанню, а це, на наше переконання, незаконно. Така судовою практика, по суті, нівелює інститут виконавчого напису.

Одним із таких прикладів є постанова Верховного Суду від 30 вересня 2019 року у справі за № 357/12818/17 провадження N 61-44380св18. У постанові Верховний Суд підтримав рішення судів першої та апеляційної інстанцій, визнавав виконавчий напис таким, що не підлягає виконанню з тих підстав, що боржник не отримав вимоги про усунення порушень за кредитним договором, незважаючи на те, що в законодавстві такої вимоги для вчинення виконавчих написів за кредитними договорами не передбачено.

Судом зазначено, що аналіз підпункту 2.3 пункту 2 глави 16 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій, дає підстави зробити висновок про те, що вчинення виконавчого напису в разі порушення основного зобов'язання здійснюється нотаріусом після спливу тридцяти днів із моменту надіслання кредитором повідомлення – письмової вимоги про усунення порушень боржнику.

Постанова суду мотивована тим, що не отримання позивачкою (боржником) вимоги про усунення порушень за кредитним договором об'єктивно позбавило її можливості бути вчасно проінформованою про наявність заборгованості й можливості надати свої заперечення щодо неї або оспорити вимоги стягувача. Позивачка не мала змоги подати нотаріусу заперечення щодо вчинення виконавчого напису або висловити свою незгоду з письмовою вимогою про сплату боргу чи повідомити про наявність спору між нею й відповідачем щодо суми заборгованості, що об'єктивно виключає можливість вчинення виконавчого напису [12].

Проаналізувавши доводи позивачки, вважаємо за необхідне вказати, що відповідно до законодавства при кредитних правовідносинах нотаріус може відмовити у вчиненні виконавчого напису лише з наступних підстав: 1) правовідносини не передбачають стягнення заборгованості за виконавчим написом; 2) стягувачем не надані усі документи, визначені Переліком; 3) предметом стягнення є майно, звернення стягнення на яке забороняється законодавством України або здійснюється виключно на підставі рішення суду; 4) сплинув строк із дня виникнення права вимоги. Будь-яких інших підстав для відмови у вчиненні виконавчого напису (як-от заперечення боржника, незгода боржника) в Законі України «Про нотаріат», главі 16 розділу II «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» не передбачено. Тому аргументи позивачки, що вона, не отримавши вимогу про усунення порушень за кредитним договором, була позбавлена права вплинути на вчинення виконавчого напису, є безпідставними, оскільки вплив боржника на запобігання вчиненню виконавчого напису можливий лише шляхом добровільного погашення заборгованості, іншого законодавець не передбачив. Також із доводів позивачки можна побачити, що тридцять днів їй потрібні не для погашення боргу, а для вчинення будь-яких дій з метою запобігти вчиненню виконавчого напису.

У постанові Верховного Суду України від 5 липня 2017 року у справі № 6-887цс17 зроблено висновок, що захист прав боржника у процесі вчинення нотаріусом виконавчого напису відбувається у спосіб, передбачений підпунктом 2.3 пункту 2 глави 16 розділу II Порядку, а саме шляхом надсилання іпотекодержателем повідомлень – письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю й боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця [13]. На наш погляд, це хибний шлях, оскільки захист прав боржника нотаріус здійснює через перевірку законності вимог кредитора (стягувача), дослідження документів, які надаються стягувачем, встановлення строків, за який проводиться стягнення заборгованості, а письмова вимога до боржника по суті – це претензія з попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки.

Ще одним яскравим прикладом помилкового розуміння порядку вчинення виконавчого напису є постановою Верховного Суду від 13 жовтня 2021 року у справі № 554/6777/17 провадження N 61-17750св20. Верховний Суд залишив без змін рішення суду апеляційної інстанції по цій справі. Суд апеляційної інстанції, вирішуючи позовні вимоги про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню (із правовідносин позики), встановивши відсутність доказів направлення позичальником листа-вимоги про повернення боргу й отримання боржником такого листа, зробив висновок про те, що встановлена законом процедура стягнення боргу за нотаріально посвідченим договором позики на підставі виконавчого напису нотаріуса не була дотримана (виконана), а саме боржник не був повідомлений про вимогу повернути заборгованість, що є самостійною і достатньою підставою для визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню [14]. Проте слід додати, що така процедура вчинення виконавчого напису за договором позики не передбачена законодавством. У цій же постанові Верховний Суд наголосив, що чинне на сьогодні законодавство України дійсно не зобов'язує нотаріуса викликати позичальника і з'ясувати наявність чи відсутність його заперечень проти вимог позикодавця. Проте право позичальника на захист його інтересів забезпечується шляхом направлення йому повідомлення про заборгованість і необхідність її погашення. У той же час, враховуючи те, що нотаріальне провадження є безспірним, для забезпечення такої безспірності нотаріусові бажано з'ясувати

в позичальника наявність заперечень щодо вчинення виконавчого напису або сплати ним боргу [14]. У цьому випадку варто акцентувати на тому, що, по-перше, позичальник не є суб'єктом цієї нотаріальної дії, тому не може вплинути на її вчинення, по-друге, беручи до уваги суб'єктний склад цього нотаріального провадження, спілкування нотаріуса з позичальником, по суті, є розголошенням нотаріальної таємниці, що є підставою для відповідальності нотаріуса.

На прикладі цих справ можна переконаватися, що суди змушені хибно сприймати суб'єктний склад вчинення виконавчого напису, бо чинне законодавство дає для цього підстави фактично включаючи боржника до складу суб'єктів цієї нотаріальної дії, шляхом внесення вимоги про необхідність надіслання претензії боржнику за тридцять днів. Як наслідок, вказана судова практика, невірно розуміючи як правову природу письмової вимоги до боржника (претензії), так і обов'язковість наявності цієї претензії при вчиненні виконавчого напису, руйнує інститут виконавчого напису.

На нашу думку, існування таких постанов Верховного Суду може взагалі знищити в майбутньому інститут виконавчого напису, оскільки при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках ВС [15]. Так, враховуючи наведені висновки Верховного Суду, суди першої та апеляційної інстанцій повинні визнавати виконавчий напис із будь-яких правовідносин таким, що не підлягає виконанню, у випадку відсутності попередньо надісланої претензії боржнику, що насправді суперечить нормам матеріального і процесуального нотаріального законодавства, тобто процес вчинення виконавчого напису нотаріусом стає декларативним, а нотаріальний захист, передбачений законом, суд визнає незаконним. Таким чином, інститут виконавчого напису втрачить реальну можливість захищати права кредитора.

На наш погляд, умова надсилання боржнику письмової вимоги усунути порушення за тридцять днів до вчинення виконавчого напису нівелює принцип рівноправності учасників цивільних правовідносин, оскільки в даному порушуються права кредитора, і він повинен чекати спливу певного строку для отримання можливості звернення до нотаріального органу за захистом свого права. Як свідчить судова практика, боржник намагається використати час до вчинення виконавчого напису не на добровільну сплату заборгованості, а на вжиття заходів, які перешкоджатимуть вчиненню виконавчого напису або його виконанню.

Виходячи з цього, вважаємо, що така умова, як надсилання письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю й боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, за тридцять днів до вчинення виконавчого напису не повинна взагалі застосовуватися ні до виконавчих написів за іпотечними договорами, ні до інших виконавчих написів, а отже, відповідна законодавча практика має бути змінена.

У зв'язку з цим пропонуємо ст. 35 Закону України «Про іпотеку» викласти у новій редакції: «У разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель із метою врегулювання спору має право надіслати іпотекодавцю й боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі викладаються стисло зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання в не менш ніж тридцятиденний строк і попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги.»

З огляду на це положення підпункту 2.3 глави 16 «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» виключити.

ЛІТЕРАТУРА

1. Комаров В. В., Баранкова В. В. Нотаріат : підручник. Харків : Право, 2019. 416 с.
2. Строкач І. І. Виконавчий напис нотаріуса в цивілістичному процесі : автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 24 с.
3. Серветник А. Г. Виконавчий напис нотаріуса як спосіб реалізації нотаріальної форми захисту цивільних прав : монографія. Харків : ТОВ «Оберіг», 2020. 252 с.
4. Коломієць Я. Л. Поняття «безспірність заборгованості» при вчиненні виконавчого напису нотаріусом у судовій практиці. *Науковий вісник публічного і приватного права*. Зб. наук. праць. Вип. 5. Київ : Наук.-дослід. Ін-т публіч. Права, 2020. С. 71–77.
5. Порядок вчинення нотаріальних дій: затв. наказом Міністерства Юстиції України від 22.02.2012 № 295/5 / Міністерство юстиції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text> (дата звернення: 29.06.2022).
6. Про фінансовий лізинг : Закон України від 04.02.2021 р. № 1201-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1201-20#Text> (дата звернення: 29.06.2022).
7. Про аграрні розписки : Закон України від 06.11.2012 р. № 5479-VI / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5479-17#Text> (дата звернення: 29.06.2022).
8. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text> (дата звернення: 29.06.2022).
9. Багатомовний юридичний словник-довідник / І. О. Голубовська, В. М. Шовковий, О. М. Лефтерова та ін. Київ : Видавничо-поліграф. центр «Київський університет», 2012. 543 с.
10. Серветник А. Г. Виконавчий напис нотаріуса як спосіб реалізації нотаріальної форми захисту цивільних прав : дис. ... д-ра філософії: спеціальність 081. Київ, 2020. 232 с.
11. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 29.06.2022).
12. Постанова Верховного Суду від 30.09.2019 у справі № 357/12818/17 (провадження N 61-44380св18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84746740> (дата звернення: 29.06.2022).
13. Постанова Верховного Суду України від 05.07.2017 у справі № 6-887цс17. URL: <https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovirozicivsu/6-887cs17> (дата звернення: 29.06.2022).
14. Постанова Верховного Суду від 13.10.2021 у справі № 554/6777/17 (провадження N 61-17750св20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100428462> (дата звернення: 29.06.2022).
15. Цивільний процесуальний кодекс : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> дата звернення 29.06.2022).