Державний вищий навчальний заклад
«Ужгородський національний університет»
Міністерства освіти і науки України

Електронне наукове видання «Порівняльно-аналітичне право»

No 4, 2020

Ужгородський національний університет
Ужгород 2020

УДК 001:34
ISSN 2524-0390

Порівняльно-аналітичне право – електронне наукове фахове видання юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:
Бисага Ю.М. – д.ю.н., професор

Члени редакційної колегії:
Бєлов Д.М. – д.ю.н., професор
Булеца С.Б. – д.ю.н., доцент
Громовчук М.В. – к.ю.н., доцент
Заборовський В.В. – д.ю.н., доцент
Лазур Я.В. – д.ю.н., професор
Менджул М.В. – к.ю.н., доцент
Дешко Л.М. – д.ю.н., професор
Ондрова Юлія – к.ю.н. (Словацька Республіка)

Видання «Порівняльно-аналітичне право» включено переліку фахових видань категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 293 «Міжнародне право») на підставі Наказу Міністерства освіти та науки України No 409 від 17.03.2020 р. (Додаток 1)
Електронне наукове фахове видання «Порівняльно-аналітичне право» включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)

Рекомендовано до опублікування Вченою радою ДВНЗ «Ужгородський національний університет», протокол No 8 від 17.11.2020 року

УДК 347.939/347.9

НАКАЗНЕ ПРОВАДЖЕННЯ: ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

IPMERATIVE PROCEEDINGS: PROBLEMS OF PRACTICAL APPLICATION OF CIVIL PROCEDURAL LEGISLATION STANDARDS

Остафійчук Л.А.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича
ORCID: 0000-0003-4882-1038

Широка різноманітність цивільних справ, які розглядаються в судах створює об'єктивну потребу в їх видовій диференціації з метою оптимізації процесуального порядку і процесуальної форми розгляду та вирішення окремих категорій справ. В статті розглядаються найбільш актуальні в теоретичному та практичному відношенні питання наказного провадження, яке характеризується відсутністю спору про право та асоціюється із письмовою формою цивільного судочинства.

Запропоновано авторське визначення наказного провадження як особливого виду провадження по окремим категоріям цивільних справ, передбачених ст. 161 ЦПК, яке характеризується письмовою та швидкою процедурою розгляду справ, встановлений перелік яких є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає, та характеризується двома стадіями: 1) вирішення питання видачі чи відмови у видачі судового наказу (обов'язкова); 2) скасування судового наказу (факультативна).

Особлива увага приділяється аналізові особливостей процедури видачі судового наказу, адже правозастосовна практика свідчить про наявність прогалин і суперечливих норм в процесуальному законодавстві щодо: переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ; залишення заяви про видачу судового наказу без руху з підстав не сплати судового збору; строків вирішення питання про розгляд заяви про видачу судового наказу, щодо відмови у видачі судового наказу та передачі заяви про видачу судового наказу за підсудністю; підсудності заяви про скасування судового наказу; безумовного скасування судового наказу за наявності відповідної заяви; можливостей застосування заходів забезпечення позову; зловживання процесуальними правами щодо звернення із заявою про видачу судового наказу, форми судового наказу.

Сучасний стан та рівень практичного правозастосування вимагають від науки нових досліджень в напрямку удосконалення процесуального законодавства, тому в статті запропоновано зміни та доповнення до Цивільного процесуального кодексу України з метою усунення висвітлених проблем.

Ключові слова: наказне провадження, судовий наказ, безспірність, вимога, за якою може бути виданий судовий наказ, зловживання процесуальними правами.

The wide variety of civil cases considered in the courts creates an objective need for their species differentiation in order to optimize the procedural order and procedural form of consideration and

resolution of certain categories of cases. The article considers the most relevant in theoretical and practical terms issues of injunctive proceedings which is characterized by the absence of a dispute over the right and is associated with the written form of civil proceedings.

The author's definition of injunctive proceedings as a special type of proceedings in certain categories of civil cases under Art. 161 of the CPC which is characterized by a written and expedited procedure for consideration of cases the established list of which is exhaustive and not subject to extended interpretation and is characterized by two stages: 1) deciding whether or not to issue a court order (mandatory); 2) cancellation of a court order (optional).

Particular attention is paid to the analysis of the peculiarities of the procedure for issuing a court order because law enforcement practice shows the existence of gaps and contradictory rules in procedural law regarding: the list of requirements under which a court order can be issued; leaving the application for a court order without motion on the grounds of non-payment of court fees; terms of resolving the issue of consideration of the application for issuance of a court order regarding refusal to issue a court order and transfer of the application for issuance of a court order for jurisdiction; jurisdiction of the application for revocation of the court order; unconditional revocation of a court order in the presence of a relevant application; possibilities of application of measures to secure the claim; abuse of procedural rights to apply for a court order the form of a court order.

The current state and level of practical law enforcement require new research from science to improve procedural legislation, so the article proposes changes and additions to the Civil Procedure Code of Ukraine in order to eliminate the issues covered.

Key words: injunctive proceedings, court order, indisputability, requirement under which a court order can be issued, abuse of procedural rights.

Постановка проблеми. Рекомендаціями Комітету міністрів Ради Європи від 14.05.1981 р. № К (81) 7 запропоновано необхідність запровадження процедур спрощення та прискорення судочинства, в тому числі тих, які виключають необхідність проведення судових засідань (п. 15), а також визначення переліку безспірних позовних вимог, щоб рішення ухвалювалися швидко, без зайвих формальностей (п. 9) [1]. Пошук паритету між приватними і суспільними інтересами зумовило введення в судочинство альтернативних позовному швидких (спрощених) видів провадження, в т. ч. за допомогою письмових форм. З одного боку, зацікавлена особа, яка звертається до суду за захистом своїх суб'єктивних прав і законних інтересів має на меті доступно і своєчасно відновити свої порушені і (або) оспорювані права. З іншого боку, держава в особі органів судової влади зацікавлена у зниженні навантаження на суддівський корпус, оскільки велике навантаження збільшує загальні процесуальні строки розгляду справ і знижує якість прийнятих судових актів.

Наказне провадження є самостійним видом цивільного судочинства, в Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК) за ним закріплено перелік вимог, які підлягають розглядові в цьому виді провадження. Водночас, ч. 2 ст. 161 ЦПК України встановлено правило, згідно якого право вибору звернення до суду в наказному або спрощеному позовному провадженні залишається за заявником. Чому ж на практиці виникає дилема, коли є всі підстави подати до суду заяву про видачу судового наказу, але суб'єкт звернення обирає позовне (спро-

щене) провадження? Або, після скасування судом судового наказу заявник не подає позовну заяву? Очевидно, що суть полягає у з'ясуванні наявності спору про право і заявники, в одному випадку, в цьому питанні не розбираються, а в іншому, – відкрито зловживають правом на звернення до суду: замість позовного – у порядку наказного провадження. В свою чергу, боржники, які отримали судовий наказ, в більшості випадків виконують судове рішення, навіть не задумуючись про те, що стали об'єктом процесуального зловживання права на звернення до суду в порядку наказного провадження зі сторони заявника, а в заяві вбачається спір про право. Насправді, існують й інші процесуальні нюанси наказного провадження, оскільки, як показує практика, наказне провадження не позбавлене недоліків, що іноді призводять до суттєвого порушення прав і законних інтересів осіб, відповідно, норми ЦПК потребують серйозного доопрацювання. Цим обумовлено вибір теми дослідження та її актуальність.

Стан дослідження. Наказне провадження вивчалося і досліджувалося багатьма вченими: С.В. Щербак, С.Я. Фурсою, В.І. Решетняком, М.Й. Штефаном, Н.Ю. Сакарою, О.М. Великорода, Ю.В. Навроцькою, М.Г. Поліщук, та ін. Серед монографічних досліджень наказного провадження слід виділити праці М.В. Вербіцької «Наказне провадження у цивільному процесі України» (2011) [2], О.Б. Єрошенка «Правове регулювання наказного провадження за законодавством України» (2013) [3], А.В. Шабаліна «Судочинство у справах наказного провадження» (2016) [4]. Переважна більшість досліджень інституту наказного провадження цивільного судочинства проведена до 2018 р., в той час як 15.12.2017 р. набрав чинності ЦПК в новій редакції, в якому наказне провадження зазнало змін в напрямку ще більшого спрощення процедури (зменшилися строки розгляду справ наказного провадження, відсутні такий процесуальний документ як ухвала про відкриття наказного провадження та можливість апеляційного перегляду судового наказу, наявне безальтернативне скасування судового наказу за умови подання заяви боржника про скасування судового наказу, яка відповідає вимогам ст. 170 ЦПК). Отже, процесуальні особливості розгляду та вирішення справ наказного провадження ще недостатньо вивчені й потребують поглибленого дослідження та аналізу.

Мета дослідження: на основі практичного досвіду висвітлити прогалини правового регулювання наказного провадження в цивільному судочинстві та обґрунтувати пропозиції щодо удосконалення норм чинного законодавства.

Виклад основного матеріалу. *Суть наказного провадження* сформульована в ч. 3 ст. 19 ЦПК: «Наказне провадження призначене для розгляду справ за заявами про стягнення грошових сум незначного розміру, щодо яких відсутній спір або про його наявність заявнику невідомо» [5]. В цій нормі підкреслено незначний розмір стягнення, не кваліфіковано сутності спору, зроблено припущення, що заявнику невідомо про наявність спору, що фактично підкреслено безспірність цього виду провадження. Так як ставка судового збору за заяву про видачу судового наказу складає 0,1 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб, що суттєво менше ніж за подачу інших процесуальних документів до суду, – наказне провадження можна вважати ще й економним порівняно з позовним видом провадження. Ці ознаки вказують, що наказне провадження є особливим видом провадження по окремим категоріям цивільних справ, передбачених ст. 161 ЦПК, яке характеризується письмовою та швидкою процедурою розгляду справ, встановле-

ний перелік яких є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає.

Стадії наказного провадження. Судовий наказ видається без проведення судового засідання. Частина 2 ст. 167 ЦПК визначає: «за результатами розгляду заяви про видачу судового наказу суд видає судовий наказ або постановляє ухвалу про відмову у видачі судового наказу», що свідчить про єдність суті питання, яке вирішується в одній стадії наказного провадження. Процесуальна фіксація моменту відкриття провадження в наказному провадженні шляхом постановлення відповідної ухвали – відсутня, проте, саме в цей момент і відбувається вирішення справи. ЦПК України передбачає лише підстави для відмови у видачі судового наказу (ст. 165). Якщо підстави для відмови відсутні – суддя повинен видати судовий наказ.

Щодо процесуальної форми наказного провадження зазначимо, що боржник має право протягом п'ятнадцяти днів з дня отримання копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування. Якщо відсутні підстави для повернення такої заяви боржнику – суд скасовує судовий наказ та одночасно вирішує питання про поворот виконання судового наказу (ст. 171) (повністю або в частині), якщо він виконаний.

Загальновідомо, що стадія судового процесу має розпочинатися і завершуватися конкретно оформленими процесуальними документами, отже, сьогодні наказне провадження характеризується двома стадіями: 1) вирішення питання видачі чи відмови у видачі судового наказу; 2) скасування судового наказу. Перша стадія є обов'язковою і в окремих випадках може бути єдиною стадією наказного провадження, в той час як друга стадія є факультативною (необов'язковою), оскільки лише від волевиявлення божника залежатиме її наявність.

Про розширення переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ. Виходячи із формулювання переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, слід розуміти, що вказаний у ч. 1 ст. 161 ЦПК є вичерпним. Зі змісту положень ч. 1 ст. 161 ЦПК випливає, що для видачі судового наказу вимоги заявника мають стосуватися лише стягнення грошової суми. Спори, що виникають на підставі інших вимог, розглядають за правилами позовного провадження. Ось ці інші вимоги можуть стосуватися таких очевидних речей, як: 1) пеня за невчасно сплачені рахунки за комунальні послуги, які є взаємопов'язаними з основними вимогами і визначаються договором; 2) компенсаційні виплати в порядку Закону України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати» від 19 жовтня 2000 р. № 2050-III; 3) інші санкції за несвоєчасність виплати вихідної допомоги, заробітної плати за вимушений прогул, якщо це доведено судовим рішенням, що набрало законної сили. Ці вимоги є очевидними, отже ними може бути доповнений перелік, визначений ч. 1 ст. 161 ЦПК. Також, в ч. 1 ст. 165 ЦПК, за аналогією ухвалення рішень ЄСПЛ, пропонується уточнити перелік вимоги щодо виплати нарахованої, але не виплаченої заробітної плати наступним положенням: «а також пені на підставі подвійної облікової ставки Національного банку України, до якої має бути додано три відсотки річних, за невчасне проведення виплати заробітної плати».

Сплата судового збору при поданні заяви про видачу судового наказу VS залишення заяви про видачу судового наказу без руху з підстав не сплати судового збору. На стадії вирішення питання видачі чи відмови у видачі судового наказу суди перевіряють дотримання заявниками вимог ст. 164 ЦПК та Закону України «Про судовий

збір» щодо сплати судового збору. Якщо судовий збір не сплачено,– це є підставою для відмови у видачі судового наказу відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 165 ЦПК, а саме: за не дотримання форми та змісту заяви про видачу судового наказу встановлених ст. 163 ЦПК. Як бачимо, це є специфікою наказного виду провадження, так як в позовному чи окремому видах провадження в подібному випадку суд залишив би таку заяву без руху та запропонував заявнику усунути зазначені в ухвалі недоліки протягом десяти днів з дня отримання копії даної ухвали. Аналізуючи наявну судову практику із цього питання, нами було знайдено в Єдиному державному реєстрі судових рішень ухвалу від 24.10.2019 р. Краснолиманського міського суду Донецької області в справі № 236/4257/19 [6], де суд за результатами розгляду та встановлення недотримання заявником форми та змісту заяви про видачу судового наказу замість прийняття ухвали про відмову у видачі судового наказу постановив ухвалу про залишення заяви без руху. На перший погляд, фактично, суд постановив цю ухвалу з порушенням ст. 165 ЦПК, однак, зважаючи на мету та завдання цивільного судочинства (ч.1 ст. 2 ЦПК), вважаємо ухвалу обґрунтованою, оскільки суд не допустив зайвого формалізму при розгляді вказаного питання. Отже, така практика є виправданою, а ст. 164 ЦПК слід доповнити частиною 3 наступного змісту: «Суддя, встановивши, що заяву про видачу судового наказу подано без сплати судового збору, протягом п’яти днів з дня надходження до суду заяви постановляє ухвалу про залишення заяви без руху з підстави несплати судового збору у встановленому законом розмірі та пропонує заявнику усунути зазначені в ухвалі недоліки протягом десяти днів з дня вручення ухвали про залишення заяви без руху, суд в такій ухвалі повинен зазначити точну суму судового збору, яку необхідно сплатити (доплатити)».

Строк вирішення питання про розгляд заяви про видачу судового наказу в п’ятиденний термін VS строку вирішення питання відмови у видачі судового наказу та передачі заяви про видачу судового наказу за підсудністю – десятиденний. С. В. Васильєв досить вдало виділив перелік процесуальних дій, які вчиняються в наказному провадженні: «1) відмова у видачі судового наказу (не пізніше десяти днів з дня надходження до суду заяви про видачу судового наказу (ч. 2 ст. 165 ЦПК); 2) передача заяви про видачу судового наказу за підсудністю (не пізніше десяти днів з дня надходження до суду заяви про видачу судового наказу (ч. 8 ст. 165 ЦПК); 3) розгляд заяви про видачу судового наказу (не пізніше п’яти днів з дня надходження до суду заяви про видачу судового наказу (ч. 1 ст. 167 ЦПК); 4) надіслання копії судового наказу боржнику (не пізніше наступного дня після видачі судового наказу (ч. 1 ст. 169 ЦПК); 5) подання заяви про скасування судового наказу (протягом п’ятнадцяти днів з дня вручення копії судового наказу боржнику (ч. 1 ст. 170 ЦПК); 6) повернення неналежно оформленої заяви про скасування судового наказу (не пізніше двох днів з дня її надходження до суду(ч. 6 ст. 170 ЦПК); 7) постановлення ухвали про скасування судового наказу (не пізніше двох днів після подання заяви про скасування судового наказу (ч. 3 ст. 171 ЦПК); 8) набрання судовим наказом законної сили (протягом п’яти днів після закінчення строку на подання заяви боржником про скасування судового наказу (ч. 1 ст. 172 ЦПК)» [7, с. 328].

З викладеного слідує, що законодавець поставив в дещо нерівні умови вирішення судом питання про розгляд заяви про видачу судового наказу в п’ятиденний термін, в той

час як питання відмови у видачі судового наказу та передачі заяви про видачу судового наказу за підсудністю – десятиденний. Тому, пропонуємо це виправити шляхом внесення змін до ч. 1 ст. 167 ЦПК України та викласти її в редакції: «Суд розглядає заяву про видачу судового наказу протягом десяти днів з дня її надходження, а якщо боржником у заяві про видачу судового наказу вказана фізична особа, яка не має статусу підприємця, – протягом п'яти днів з дня отримання судом у порядку, передбаченому частинами п'ятою, шостою статті 165 цього Кодексу, інформації про зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи – боржника. Розгляд проводиться без судового засідання і повідомлення заявника і боржника».

Підсудність справ наказного провадження. Заява про видачу судового наказу згідно ст. 162 ЦПК подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності, передбаченими в ст. 27 ЦПК. Однак, ст. 28 «Підсудність справ за вибором позивача» ЦПК, містить правила, які можуть стосуватися і заяви про видачу судового наказу. В основному, ця норма стосується заяв про видачу судових наказів про стягнення аліментів та стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати, – які можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача. Також ЦПК допускає вибір заявником підсудності заяв про видачу судових наказів: 1) про захист прав споживачів, – за зареєстрованим місцем проживання чи перебування споживача або за місцем заподіяння шкоди чи виконання договору; 2) про стягнення заборгованості за письмовим договором, де боржником буде структурний підрозділ юридичної особи, – за місцезнаходженням філії або представництва такої юридичної особи; 3) щодо вимог, які випливають із письмового чи електронного договору, якщо у такому договорі зазначено місце виконання або виконувати який через його особливість можна тільки в певному місці, – то, відповідно, заяви можуть подаватися також за місцем виконання цього договору.

Частина 9 ст. 28 ЦПК визначає, що позов до відповідача, місце реєстрації проживання якого невідоме, пред'являються за місцезнаходженням майна відповідача чи за останнім відомим зареєстрованим його місцем проживання або перебування чи постійного його заняття (роботи). А позови до відповідача, який не має в Україні місця проживання чи перебування, можуть пред'являтися за місцезнаходженням його майна або за останнім відомим зареєстрованим місцем його проживання чи перебування в Україні [5].

Судова практика свідчить про необхідність обов'язкового дотримання ст. 162 та п. 2 ч. 2 ст. 163 ЦПК щодо правил підсудності та зазначення повного найменування та реквізитів стягувача і божника, інакше суд не відкриває провадження у справі. Наприклад, 21.11.2019 р. Першотравневий районний суд м. Чернівці відмовив у видачі судового наказу, оскільки отримана судом інформація не дає можливості встановити зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи – боржника [8]. Додатково, слід відмітити, що інформацію про місце реєстрації боржника, яку вказує стягувач в заяві про видачу судового наказу, суд перевіряє шляхом направлення запиту до територіальних управлінь Державної міграційної служби України. Коли з'ясовується, що боржник зареєстрований в іншому місці, суд надсилає справу за підсудністю в порядку встановленому ст. 31 ЦПК. Зокрема, ухвалою Шевченківського районного суду м. Чернівці від 19.11.2019 р. в справі № 727/11726/19 заяву АТ «Чернівціобленерго» про видачу судового наказу

про стягнення з ОСОБА_1 заборгованості за спожиту електричну енергію передано на розгляд Вижницького районного суду Чернівецької області [9] за підсудністю відповідно до місця реєстрації цієї ОСОБА_1 за адресою: АДРЕСА_2, що не являється територією Шевченківського району м. Чернівці.

Відповідно до ч. 8 ст. 165 ЦПК, якщо за результатами розгляду отриманих судом відомостей про місцезнаходження боржника юридичної особи або фізичної особи підприємця буде встановлено, що заява про видачу судового наказу не підсудна цьому суду, суд не пізніше десяти днів з дня надходження заяви постановляє ухвалу про передачу заяви про видачу судового наказу разом з доданими до неї документами за підсудністю. Згідно з п.1 ч.1 ст.31 ЦПК суд передає справу на розгляд іншому суду, якщо справа належить до територіальної юрисдикції (підсудності) іншого суду. Відповідно до ст.32 ЦПК спори між судами про підсудність не допускаються. Справа, передана з одного суду до іншого в порядку, встановленому ст. 31 цього Кодексу, повинна бути прийнята до провадження судом, якому вона надіслана [5]. Аналізуючи всі ці норми ЦПК в сукупності очевидно, що наслідком порушення правил підсудності є передача судом заяви про видачу судового наказу до компетентного суду. При цьому, суди приймають рішення щодо передання такої заяви до належного суду – як в ухвалі Зарічного районного суду м. Суми [10] від 27.11.2019 р. в справі № 591/7289/19 (справа передана до Ковпаківського районного суду м. Суми). Проте є випадки, в яких суди відмовляють у видачі судового наказу та повертають заяви стягувачам з підстави, зазначеної в п. 9 ч. 1 ст. 165 ЦПК. Наприклад, 27.11.2019 р. Тернівським районним судом м. Кривого Рогу постановлено ухвалу в справі №215/6039/19, згідно якої ОСОБА_1 відмовлено у видачі судового наказу про стягнення з ОСОБА_2 аліментів на утримання двох неповнолітніх дітей та роз`яснено, що стягувач має право звернутися зі вказаною заявою до Софіївського районного суду Дніпропетровської області [11]. В даному випадку ми спостерігаємо колізію норм навіть у одній статті ЦПК, що призвела до неоднозначної судової практики. Вважаємо такий різнобічний підхід до вирішення одного і того ж питання не правильним, тому норма п. 9 ч. 1 ст. 165 ЦПК має бути виключена з ЦПК.

Скасування судового наказу, а що далі? Судовий наказ не підлягає оскарженню в апеляційному порядку, проте може бути скасований у порядку, передбаченому ст. 170, 171 ЦПК. Також, ЦПК передбачено, що оскарженню в апеляційному порядку підлягає лише ухвала про відмову у видачі судового наказу.

В переліку вимог до змісту судового наказу, який визначений ст. 168 ЦПК, обов'язковим є посилання на закон, на підставі якого підлягають задоволенню заявлені вимоги. Стаття 169 ЦПК врегульовує повідомлення боржника про винесення судового наказу, якого повідомляють про видачу судового наказу вже «post factum».

Протягом п'ятнадцяти днів з дня вручення копії судового наказу та доданих до неї документів, боржник має право подати заяву про його скасування до суду, який його видав, крім випадків видачі судового наказу відповідно до пунктів 4, 5 ч. 1 ст. 161 ЦПК. Вимоги до заяви про скасування судового наказу повністю перекликаються із вимогами до заяви про видачу судового наказу. Заява про скасування судового наказу подається до того ж суду, який його видав. Якщо заява про скасування судового наказу подана із дотриманням усіх вимог до її форми, змісту та строку її подання, суддя не пізніше двох днів після її подання постановляє ух-

валу про скасування судового наказу, в якій роз'яснює заявнику (стягувачу) його право звернутися до суду із тими самими вимогами в порядку спрощеного позовного провадження.

В юридичній літературі думки щодо суті судового наказу та порядку його оскарження різняться. М. В. Вербіцька зауважує на відступі від принципу незмінності судового рішення, який не надає право суду скасовувати чи змінювати власне рішення [2, с. 168–169]. Є. І. Фурса наголошує на вийнятковості порядку скасування судового наказу, який пояснюється природою цього виду провадження, а також тим, що судовий наказ є тільки частково судовим рішенням, оскільки він має відповідати й вимогам виконавчого документа [12, с. 364]. Насправді, якими б не були думки науковців та практиків із цього приводу, обґрунтування боржником підстав для скасування судового наказу наразі не мають ніякого значення для його скасування судом. Є належним чином оформлена та вчасно подана до суду заява боржника про скасування судового наказу – маємо скасування судового наказу. В той же час, такий підхід законодавця можна виправдати тим, що у стягувача залишається право звертатися до суду з цими ж вимогами у позовному провадженні, навіть зараховуючи сплачений судовий збір до того, який необхідно буде сплачувати за подання позовної заяви.

Подібне регулювання дещо не відповідає завданням оптимізації цивільного судочинства оскільки фактично позбавляє зацікавлену особу, яким в наказному провадженні є заявник (стягувач), права на своєчасне отримання судового захисту. На підставі викладеного, видається досить актуальним досвід німецького законодавця, який передбачає, що під час отримання відповідних заперечень від боржника щодо судового наказу, суддя скасовує судовий наказ і розглядає цей спір за загальними правилами позовного провадження, заздалегідь повідомляючи сторони про час і місце розгляду справи (§ 696 Цивільного процесуального укладення Німеччини [13]). Вважаємо, що зазначені положення німецького законодавства можуть бути частково імплементовані в українське законодавство. При цьому потрібно зауважити, що з урахуванням принципу диспозитивності, суд не має права без відповідної заяви (клопотання) стягувача за своєю ініціативою здійснити перехід з наказного провадження у загальне позовне. Тому, ч. 2 ст. 163 ЦПК слід доповнити положенням про право стягувача в своїй заяві про видачу судового наказу заявляти клопотання про розгляд його вимог в порядку спрощеного позовного провадження в тому випадку, якщо від боржника у встановлений законом термін надійде заява про скасування судового наказу.

Заходи забезпечення позову і наказне провадження. Слід обговорити такий нюанс наказного провадження який пов'язаний із виконанням судового рішення, коли недобросовісний боржник, подавши до суду заяву про скасування судового наказу, може вжити заходів, спрямованих на утруднення або неможливість виконання потенційного рішення суду на той випадок, якщо стягувач прийме рішення про подання позовної заяви до суду в порядку спрощеного позовного провадження. Таким чином, слід поширити дію інституту забезпечувальних заходів й на наказне провадження, зокрема, доповнити ч. 2 ст. 163 ЦПК новим абзацом такого змісту: «У заяві про видачу судового наказу може міститися клопотання про забезпечення заявлених вимог, якщо зацікавлена особа в своєму клопотанні обгрунтувала, що незастосування такого заходу може утруднити чи зробити неможливим виконання судового рішення».

Про процесуальні зловживання права на звернення до суду в порядку наказного провадження зі сторони заявника. Зміст та форма наказного провадження не передбачають дослідження доказів, які подаються на підтвердження заявленої вимоги. Відповідно, судовий наказ не містить описової та мотивувальної частин. В той же час, вимоги ст. 163 ЦПК до форми та змісту заяви про видачу судового наказу вимагають від заявника повний виклад обставин, на яких ґрунтуються його вимоги та документи або їх копії на підтвердження цих обставин. Однак, при вирішенні питання видати судовий наказ чи відмовити у його видачі, в обов'язок суду не входить вивчення договору, укладеного в письмовій (в тому числі електронній) формі, за яким пред'явлено вимоги про стягнення грошової заборгованості та інших документів або їх копій, що підтверджують обставини, якими заявник обґрунтовує свої вимоги. Такий висновок слідує із наявних матеріалів судової практики. Зокрема, Снятинським районним судом Івано-Франківської області 12.12.2019 р. в справі № 351/2652/19 видано судовий наказ, яким стягнуто з ОСОБА_1 на користь Приватного акціонерного товариства «ВФ Україна», заборгованість за надані телекомунікаційні послуги у сумі 14600,33 грн. та 192,10 грн. судових витрат [14]. ОСОБА_1 звернувся до суду із заявою про скасування судового наказу, в якій висловлює свою незгоду із заявленими вимогами. В обґрунтування своєї заяви боржник зазначив, що судовий наказ підлягає скасуванню, у зв`язку з тим, що до вимог, за якими може бути видано судовий наказ віднесено вимогу про стягнення заборгованості за оплату телекомунікаційних послуг з урахуванням індексу інфляції та 3-х відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості, чим порушено вимоги ч.1 ст. 161 ЦПК України. Крім того, жоден із поданих до заяви про видачу судового наказу документів не засвідчений в установленому законом порядку, а тому не являється достовірним доказом. Розрахунок трьох відсотків річних, інфляційних втрат та пені ніким не підписаний, отже не має сили процесуального документу. Також, що він ніколи не замовляв і не підписував будь-яких угод із заявником про надання йому послуг мобільного роумінгу, у заяві про видачу судового наказу заявником неправдиво викладено умови договору. Просив скасувати судовий наказ 12.12.2019р. у справі № 351/2652/19 про стягнення з нього на користь ПАТ «ВФ Україна» заборгованості за надані телекомунікаційні послуги в сумі 14600,33 грн., з яких: 8475,33 грн. сума основного боргу, 595 грн. 3% річних, 2281,00 грн. інфляційні витрати, 3249 грн. пеня та 192,10 грн. судового збору. Суд, дослідивши матеріали заяви та матеріали справи про видачу судового наказу, прийшов до висновку, що судовий наказ слід скасувати [15].

В цій справі, підставою для подання Заявником до суду заяви про видачу судового наказу було те, що боржник нібито скористався послугами міжнародного роумінгу, що слідує із рахунку за телекомунікаційні послуги за період: 01.06.2017–30.06.2017, який був доданий до заяви про видачу судового наказу. Однак, із тексту Договору №1831939/1.11005884 слідувало, що було замовлено такі послуги: UMC-сім'я, SMS, Переадресування дзвінка, Голосова пошта, Додатковий пакет мереж. Напроти полів щодо послуг міжнародна лінія та міжнародний роумінг чітко стоять прочерки, що означає про чітку відмову у їх отриманні. Крім цього, з умов договору слідує, що ним визначено: 1) про надання послуг виключно в межах України; 2) що має бути додаток – Правила користування мобільного зв'язку UMC, яких до заяви про видачу судового на-

казу не додано; 3) що будь-які послуги надаються оператором виключно після внесення авансу, а в п. 2 цього Договору передбачено що UMC має право припинити надання послуг у разі використання всієї суми авансових внесків – до внесення відповідних коштів на рахунок.

Постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2012 р. № 295 затверджено Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг, згідно яких договір про надання послуг – це правочин, укладений між споживачем і оператором, провайдером, за яким оператор, провайдер зобов'язується на замовлення споживача надавати послуги, а споживач – їх оплачувати (якщо інше не передбачено договором). До укладення договору та під час надання послуг оператор, провайдер зобов'язаний безоплатно надавати споживачеві для ознайомлення вичерпну інформацію про зміст, якість, вартість та порядок надання послуг, умови і порядок оплати послуг, умови надання послуг, у тому числі умови публічного договору (в разі їх визначення) та порядку зміни умов надання, скорочення переліку послуг та припинення їх надання, тарифи, тарифні плани на послуги із зазначенням мінімального строку їх дії, пільги з надання та оплати послуг (п. 15). Надання послуг здійснюється на замовлення споживача на підставі укладеного договору (п. 16). Під час укладання договору (внесення змін до нього) операторові, провайдерові забороняється визначати такий порядок надання послуг, який може призвести до обмеження чи погіршення прав споживача або створення нерівних умов для сторін договору (п. 17) [16].

В порушення вимог Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг, заявником у вину боржникові було поставлено отримання послуг інших аніж вказані в Договорі, яких боржник ніколи не замовляв і ніколи не надавав жодної усної чи письмової згоди на їх отримання. Послуги телекомунікації мали надаватися тільки при наявності коштів на балансі. Однак, боржника ніхто офіційно не повідомляв на перехід у білінгову систему та зміну порядку чи умов розрахунків. А згідно з п. 5.3 Договору одностороння зміна його умов не допускається і всі зміни чи доповнення мають бути викладені виключно у письмовій формі з підписами сторін. Відповідно до п. 4.1 Договору сторони несуть відповідальність за невиконання умов договору, викладених саме в цьому Договорі, отже, заява про видачу судового наказу була необґрунтованою, а судовий наказ підлягав скасуванню.

Наведений приклад, на жаль, не поодинокий, і користуючись незнанням законодавства у галузі телекомунікацій переважної більшості пересічних громадян, які є користувачами послуг мобільного зв'язку, недобросовісні заявники незаконно стягують борги за телекомунікаційні послуги яких, насправді, ніхто не замовляв. Як уникнути подібних процесуальних зловживань – чіткої відповіді не має, це питання для подальших дискусій практиків і науковців. Однак, можна запропонувати, щоб на етапі вивчення матеріалів заяви про видачу судового наказу, суддя вивчав не лише заяву, а й додані до неї документи, і на основі вивчення їх у сукупності мав право відмовити у видачі судового наказу. Отже, п. 8 ч. 1. ст. 165 ЦПК пропонуємо викласти в наступній редакції: «із поданої заяви та доданих до неї доказів, якими заявник обґрунтовує обставини, на яких ґрунтуються його вимоги, не вбачається виникнення або порушення права грошової вимоги, за якою заявником подано заяву про видачу судового наказу».

Зміст судового наказу. М. К. Треушніков вказує, що судовий наказ є тотожним судовому рішенню, хоча й має певні відмін-

ності [17, с. 385]. Автори монографії «Наказне провадження в цивільному процесі» вважають, що судовий наказ не відрізняється за цільовою спрямованістю і основними властивостями від рішення суду [18, с. 134]. Дійсно, наявність чи відсутність визначення в ЦПК частин, з яких має складатися судовий наказ жодним чином не вливає на його суть і обов'язковість як різновиду судового рішення. Однак, як і кожне судове рішення, судовий наказ у вступній частині має містити такий обов'язковий реквізит як номер справи. Наприклад, в тексті судового наказу Першотравневого районного суду м. Чернівці від 13.05.2019 р. зазначено «Справа № 725/2690/19» [19]. Тобто, судова практика доводить, що цей реквізит все рівно зазначається суддями в тексті судового наказу, тому в процесуальному законі вказану норму слід уточнити, отже п. 1 ч. 1 ст. 168 ЦПК слід доповнити цим положенням та викласти його в наступній редакції: «номер справи та дата видачі судового наказу».

Висновки. Підсумовуючи, зазначимо, що описані зауваження та недоліки наказного провадження виявлені при практичному застосуванні норм ЦПК. Зрозуміло, що в одних випадках можемо чітко вказати як це виправити, – тому запропоновано внесення змін та доповнення до чинного ЦПК. Однак є випадки, які ще потребують вивчення, опрацювання, – отже запропоновано тему для дискусії та подальшого дослідження, адже справедливість розгляду не може визначатися незмінними принципами та нормами ЦПК, а залежить від обставин конкретної справи. Процесуальна форма провадження має бути гнучкою, а наказне провадження має розвиватися з урахуванням забезпечення права на справедливий суд і ефективного правового засобу захисту права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи державам-членам від 14.05.1981 р. № К (81) 7 стосовно шляхів полегшення доступу до правосуддя. URL:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_133 (дата звернення: 26.11.2020).

2. Вербіцька М. В. Наказне провадження у цивільному процесі України: дис. …канд. юрид. наук: 12:00:03. Л., 2011. 231 с.

3. Єрошенко О. Б. Правове регулювання наказного провадження за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Міжнар. гуманіт. ун-т. О., 2013. 20 с.

4. Шабалін А. В. Судочинство у справах наказного провадження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака. Київ, 2016. 20 с.

5. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 10.03.2004 р. № 1618-IV. URL:http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення 26.11.2020).

6. Ухвала Краснолиманського міського суду Донецької області від 24.10.2019 р. в справі № 236/4257/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85500353 (дата звернення 26.11.2020).

7. Васильєв С. В. Цивільний процес. Підручник. К.: Алерта, 2019. 506 с.

8. Ухвала Шевченківського районного суду м. Чернівці від 21.11.2019 р. № 725/6397/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85797556 (дата звернення 26.11.2020).

9. Ухвала Шевченківського районного суду м. Чернівці від 19.11.2019 р. в справі № 727/11726/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL:http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85762597(дата звернення 26.11.2020).

10. Ухвала Зарічного районного суду м. Суми від 27.11.2019 р. в справі № 591/7289/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85904887 (дата звернення 26.11.2020).

11. Ухвала Тернівського районного суду м. Кривого Рогу від 27.11.2019 р. в справі №215/6039/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85912527 (дата звернення 26.11.2020).

12. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. За заг. ред. С. Я. Фурса.К.: Видавець Фурса С.Я., 2006. 803 с.

13. Gesetz vom 30. Januar 1877 über gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (deutsche Zivilprozessordnung, Redaktion vom 18.07.2017). RGBI. S. 83; BGBI. S. 2745.

14. Судовий наказ Снятинського районного суду Івано-Франківської області від 12.12.2019 р. в справі № 351/2652/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/86303041 (дата звернення 26.11.2020).

15. Ухвала Снятинського районного суду Івано-Франківської області від 21.01.2020 р. в справі № 351/2939/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87191404 (дата звернення 26.11.2020).

16. Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг: постанова Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2012 р. № 295. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-%D0%BF#Text (дата звернення 26.11.2020).

17. Гражданский процесс: ученик. Под ред. М. К. Треушникова. М.: ООО «Городец-издат», 2003. 720 с.

18. Наказне провадження в цивільному процесі: монографія. За заг. ред. В. І. Бобрика. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. 203 с.

19. Судовий наказ Першотравневого районного суду м. Чернівці від 13.05.2019 р. у справі № 725/2690/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL:http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81750451 (дата звернення 26.11.2020).