

## **Генезис наказного провадження.**

Наказне провадження – це нова течія у сучасному господарському процесуальному праві України. Вона виникла при розробці проекту нового Господарського процесуального кодексу. Взагалі у всій правовій системі незалежної України такий інститут як наказне провадження з'явився зовсім недавно. У прийнятому Цивільному процесуальному кодексі України, закладені деякі теоретичні основи наказного провадження.

Також новацією є законопроект „Про основні засади взаємодії держави з приватними партнерами”. Як зазначено в преамбулі вказаного законопроекту, він визначає правові засади взаємодії держави з приватними партнерами та основні принципи державно-приватного партнерства на договірній основі.

Державно-приватне партнерство слугує ефективним засобом реалізації інноваційної та інвестиційної політики, зміцнення економіки, розширення інфраструктури, реалізації масштабних соціальних проектів.

Питання взаємодії державних органів та приватних структур в сучасних умовах набувають особливу значущість з огляду на незадовільний стан економіки держави в цілому та окремих галузях зокрема. Фінансування бюджетних установ та комунальних служб є незадовільним, що впливає по-перше, на якість послуг, що надаються такими юридичними особами, по-друге, на господарські відносини з іншими суб'єктами господарювання в напрямку зростання заборгованості, яка може бути погашена виключно при надходженні фінансування з бюджетів всіх рівнів.

Спори про стягнення вищезгаданої заборгованості, в більшості своїй, є безспірними в сенсі відсутності заперечень з боку боржників щодо наявності заборгованості та підтвердження її беззаперечними доказами.

Потенційним предметом спору можуть бути цінні ресурси та вимоги, що витікають з реалізації права на їх розробку та добуток, також багато спорів виникають у зв'язку з наявністю заборгованості комунальних підприємств, що надають послуги з водо- та теплопостачання.

Загальний порядок господарського судочинства включає в себе низку процесуальних дій, які мають сенс при спірності справи, і зовсім даремні при безспірності вимоги.

Як приклад можна навести спори про стягнення грошових сум, передачу індивідуально визначеного рухомого майна у разі, якщо боржник визнав претензію.

Вирішення безспірних справ у загальному порядку позовного провадження значно знижує привабливість судової форми захисту порушених прав, а з огляду на специфіку господарського процесу та його учасників, роблять не зовсім доцільною.

Зазначимо, що відсутність інституту наказного провадження фактично позбавляє зацікавлені сторони оперативності судового розгляду, коли предмет та цілі доказування вказують на недоцільність позовного провадження.

Використання в господарському судочинстві спрощених правових процедур, зокрема, наказного провадження, надає господарському процесу динамізму, значно підвищує дієвість та ефективність судового захисту, що в межах реалізації державно-приватного партнерства є досить привабливим.

*Метою дослідження* є пристосування спрощених процедур судочинства до сучасних умов, в тому числі в умовах розвитку державно-приватного партнерства, яка досягається шляхом аналізу їх історичного розвитку, зокрема генезису наказного провадження.

При дослідженні будь-якого правового явища в цілому необхідність застосування історичного методу правового пізнання є безапелляційною.

Для більш повного розуміння суті інституту наказного провадження як спрощеної процедури розгляду спорів, його особливостей та форм

існування, необхідно прослідити виникнення та розвиток такого інституту як у вітчизняному процесі, так і в системах судочинства інших країн.

*Отже, актуальність дослідження обумовлена новизною гіпотези стосовно інституту наказного провадження у господарському процесі, яка вперше обґрунтовується у науці господарського процесуального права. Тому здійснення історичного аналізу є також актуальним в площині вивчення доказовості цієї гіпотези.*

Крім того, актуальність дослідження обумовлена відсутністю наукових робіт з цього питання, хоча дослідженню наказного провадження в межах цивільного процесу присвячено чимало робіт як вітчизняних вчених [1] так і вчених з інших країн.[2]

Теоретичним дослідженням наказного провадження присвячені наукові праці російських авторів, таких як В.Аргунов, Н. Масленікова, В. Решетняк, М.Черемін, І.Черних. Серед українських авторів вивчали дану тему М. Свідерська, Д. Луспеник, Г. Фазикош, Д. Липницький, Г. Джумагельдієва.

Однак, викликає занепокоєння відсутність в юридичній періодичній літературі точок зору, полеміки практиків та теоретиків господарського процесу щодо такого виду судового провадження як наказне, в тому числі і стосовно застосування цієї процедури до розгляду спорів за участю суб'єктів державно-приватного партнерства. Оперативність розгляду спорів за участю зазначених суб'єктів є одним з напрямків реалізації взаємодії держави та бізнесу шляхом прискореного та специфічного процесуального супроводу у разі виникнення конфліктних правових ситуацій.

Прообраз наказного провадження (спрощення судового процесу) мав місце ще за часів римського права. Так, одним з засобів надзвичайного процесуального захисту в римському праві наряду з реституцією (*restitutio in integrum*) були преторські інтердикти[5].

Інтердикти виникли за часів легісакційного процесу, коли особа, після вичерпання всіх засобів захисту в звичайному процесі і його не одержання,

могла звернутись до претора з проханням захистити її владою, наданою претору.

Претор, особисто здійснював розслідування - *causae cognitio*, та якщо прохання особи, що звернулась за преторським захистом, було таким, що заслуговувало на увагу, він віддавав іншій стороні наказ: не роби насильства (*vim fieri veto*), видай річ (*exhibeas*) і т.п. Цей наказ називається *decretum*, а якщо містить у собі заборону чого-небудь, то *interdictum*, звідки і пішло загальне позначення цього засобу - інтердикт[5].

Інтердикт претора в такому вигляді є особистим та безумовним наказом. Адресувався він конкретній особі та у разі його невиконання, після нового розслідування на предмет виконання, претор застосовував звичайні міри *imperium - multae dictio, pignoris capio* і т.д.

З часом для усунення незручностей у вигляді самотійного розслідування всіх фактичних обставин, претор став видавати загальні накази у разі, коли прохання особи заслуговувало на увагу. Такий наказ був умовний, і не стосувався відповідача у разі не підтвердження фактів, які повідомляв позивач, тобто коли наказ був не вірним. У разі, коли він був вірним, відповідач повинен був його виконувати.

Європейське право часів середньовіччя також зазнає необхідності спрощення судової процедури. Як зазначав К.І. Малишев: „Вже середньовічні торговельні міста Італії ... встигли розвинути в себе особливі форми скороченого судочинства для справ торговельних, для стягнень по векселях і інших безперечних документах, для забезпечення боргових стягнень арештом і т.п. (...) Цей розподіл процесу на звичайний і скорочений проникнув потім і в інші країни Європи та в подальшій історії можна помітити постійне прагнення до узагальнення скорочених форм і до прискорення всього провадження. Часто траплялося, що скорочена форма вводилася в закон у вигляді виключення, але на практиці вона ставала загальним правилом, і, навпаки, звичайний порядок судочинства – виключенням”[6, с.39].

Сучасна Європа також зазнала на собі дію спрощених процедур. Так, Статут цивільного судочинства Німеччини передбачає два види проваджень, які спрямовані на спрощення судового процесу. Це документарне провадження (Urkundenprozess) та „спонукальне” провадження (Mahnverfahren). В документарному провадженні пред’являються позовні вимоги про стягнення грошових сум і звертання стягнення на закладене майно. Рішення у справі може бути винесене у разі повного підтвердження вимог документами, які надаються до суду. Зазначене рішення звертається до негайного виконання. Якщо відповідач заявляє заперечення, то рішення все одно виноситься, за умови розгляду заперечень відповідача в додатковому провадженні. Виконання рішення при цьому здійснюється позивачем, але за умови, що він потім, у разі програшу звичайного процесу, відшкодує збитки, нанесені відповідачеві. Строки документарного провадження, а також стягнення збитку були такими як і у звичайному процесі. Можливо тому даний вид провадження не користався особливою популярністю [7, с. 141].

Отже, документарне провадження розроблялось німецькими законодавцями за принципом спрощення процедури розгляду, але не за принципом її прискорення.

Спонукальне провадження характеризується тим, що в його порядку розглядаються будь-які грошові вимоги, які невиконані боржником в строк. У разі, якщо вони підтверджуються документами, то видається спонукальна постанова або судовий наказ. Раніше ця постанова іменувалася „наказ про платіж” (Zahlungsbefehl). Задачею спонукального провадження є одержання виконавчого титулу без судового розгляду. Боржник, має право протягом двох тижнів або сплатити заборгованість, або, при наявності заперечень, перевести справу у звичайний процес, де і відбувається їх розгляд. Тому спонукальне провадження є попередньою стадією перед судовим розглядом. Коли від боржника не надходять у встановлений строк заперечення, то обґрунтованість вимоги взагалі не перевіряється [7, с.142].

Спонукальне провадження схоже з наказним провадженням, яке

передбачається в проєкті ГПК України. Різниця полягає у розгляді заперечень, які за перспективним наказним провадженням України не розглядаються у звичайному процесі, а у разі надходження, є підставою для скасування наказу. Крім того, строки на надання заперечень за німецьким законодавством є тривалішими, ніж за українським.

Досить цікавим є досвід Німеччини в сфері автоматизації процесу обробки заяв про стягнення заборгованості, у зв'язку з чим особливого значення набуло спонукально-наказне провадження.

У цивільне процесуальне законодавство були внесені зміни, що допускають машинну обробку заяв (§ 689 Статуту цивільного судочинства Німеччини; далі: СЦСГ). Правила „машинного” провадження встановлюються міністром юстиції. Уряди земель, по цивільному процесуальному закону, вправі об'єднати в цьому випадку підсудність по місцю одного з дільничних судів. Заяви можуть бути подані на технічних носіях інформації. Відмова в прийнятті такої заяви може бути оскаржена лише в тому випадку, коли вона заснована на тому, що заява подана тільки на технічному носії, що не може бути оброблений у суді (§ 691 СЦСГ). Судовий наказ, що видається у такому провадженні машиною, не містить підпис, а має тільки відбиток печатки суду (§ 703 СЦСГ). Спочатку такі правила були прийняті як експеримент у Штутгарті (так звана, „Штутгартська модель”). У середині 90-х р. 55% усіх заяв про безспірне стягнення заборгованості в судах Західної Німеччини оброблялися ЕОМ. В майбутньому цей процес передбачається зробити ще більш мобільним за допомогою організації подачі і прийому заяв через телекомунікаційний зв'язок [8, с.47].

У США для запобігання складних і тривалих судових розглядів практикується так зване сумарне провадження („summary judgment”), що складається практично лише з заяв, розгляду письмових документів і винесення судового рішення. Рішення приймаються для стягнення грошових заборгованостей. Заяви про сумарне провадження мають право зробити в будь-який час, як позивач, так і відповідач. Рішення може бути винесене тоді,

коли в основі спору лежать обставини, що ясно і чітко встановлені. У першу чергу, до заяви додаються письмові документи. Цим підтверджується, що факти, які мають значення для справи, безперечні. Заперечення інша сторона може надавати протягом 30-денного строку. Даний строк може бути продовжений судом у складних випадках. Заперечення протилежної сторони повинні бути засновані на доказах, що підтверджують спірність заяви про видачу наказу. Проти винесеного судового рішення припустима апеляція [7, с. 143].

Федеральні правила передбачають спеціальну санкцію за представлення в суд несумлінних письмових заяв із проханням розглянути справу в спрощеному порядку. Сторона, що подала таку заяву (наприклад, з метою затягти процес), зобов'язувалася відшкодувати іншій стороні понесені нею у зв'язку з такою заявою витрати. Також ця сторона могла бути визнана винною в „неповазі до суду” з настанням відповідних наслідків [9, с. 27].

Як зазначає А.П. Вершинін, для англо-американського права було характерне спрощення процесу за допомогою досудових і позасудових процедур, а для континентального (насамперед, німецького) - за допомогою сумарного (документарного) процесу. Країни континентального права інвестують більше коштів у створення інститутів, що дозволяють спростити судовий захист прав (у законодавство, реєстри, нотаріат). Відсутність таких в англо-американській правовій системі вимагає значно більших витрат на діяльність судів (у 3-7 разів), у порівнянні з країнами європейського континенту [8, с. 44].

Історія розвитку спрощення судових процедур в Росії, до складу якої також входила Україна, веде початок з 14-15 віків, коли робились перші спроби спрощення судового процесу. У той період виникає інститут безсудних грамот. Спрощення полягало в тому, що в певних ситуаціях справа могла бути вирішена по суті спеціальним судовим актом без

доказування та судового розгляду. Функцію такого акта, напевно, виконувала безсудна грамота [9, с. 33].

У літературі визнано, що безсудна грамота була рішенням суду, винесеним без судового розгляду в зв'язку з неявкою відповідача в судове засідання і таким, що констатувало програш справи відповідачем.

Як, справедливо вказує М.А. Черемін, спрощення провадження шляхом безсудного осуду сторони, що не з'явилась у судове засідання, у певному сенсі можна вважати прообразом нинішнього заочного і наказового проваджень, але це стосувалось тільки самих загальних рис [9, с.35-36].

М.А. Черемін вважає безсудний осуд, що оформлявся в безсудних грамотах, першим кроком російського законодавця на шляху створення спеціальних правил судочинства - скорочених і економічних у порівнянні з загальними правилами. Наступний крок був зроблений у другій половині 19 сторіччя [9, с 36]

Дійсно, провадження більш менш схоже на нині існуюче було розроблено в Росії у 19 сторіччі.

У 1864 році прийняттям Статуту цивільного судочинства в процес вводиться скорочене провадження.

До скороченого порядку застосовувались правила, характерні для загального, але з деякими виключеннями. Був відсутній обмін змагальними паперами. Але він міг бути призначений судом у випадку складності справи. Крім того, мали місце більш скорочені строки розгляду справи.

Але на практиці скорочений порядок провадження, незважаючи на його простоту, виявився незадовільним і занадто складним для прискорення провадження по справах про безспірні стягнення. „Дуже часто, – відзначав Є. А. Нефедьев, – чи випадково, чи внаслідок старань відповідача (наприклад, внаслідок неявок) справа могла затягтися дуже надовго.” [9, с.39].

В Правилах провадження для земських начальників і міських суддів 1889 р. зазначеним особам надавалося право звертати до виконання акти без попереднього судового розгляду, у справах, що були їм підвідомчі.

В подальшому Статут цивільного судочинства був доповнений положеннями про спрощений порядок судочинства. Для вирішення справи в такому порядку, постановою загальних зборів окружного суду призначався суддя, який вирішував справу одноособово.

Крім того, для розгляду справи в спрощеному порядку, позивач повинен був зробити заяву про такий розгляд, а також прикласти до прохання оригінали всіх необхідних документів.

Оскарженню рішення, винесене в порядку спрощеного провадження, відповідно до Статуту цивільного судочинства, не підлягало. Однак, протягом місяця з дня оголошення рішення обидві сторони мали право просити про розгляд справи в загальному порядку в тому окружному суді, до складу якого належав член суду, що розглядав справу в спрощеному порядку. При цьому судове мито сплачувалось вдвічі менше ніж було встановлено [9, с.44].

У 1912 році відбулося скасування спрощеного порядку судочинства та введення до Статуту Цивільного судочинства правил про спонукальне провадження.

Відповідно до Статуту Цивільного судочинства спонукальним виконанням по актах була постанова судді про негайне виконання зобов'язання, прийнятого на себе відповідачем, строк виконання по якому наступив. Зазначена постанова приймалась без виклику і пояснень відповідача.

Прагнення до спрощення цивільної процесуальної форми було характерно для російського цивільного процесу і після 1864 року. Це привело до появи вже на початку ХХ століття законодавства, що детально регламентує захист прав у спрощеній формі.

Інститут судового наказу було закріплено в першому радянському Цивільному процесуальному кодексі 1923 року, який детально регламентував процедуру видачі наказу.

Однак, початок розвитку інституту наказного провадження в радянському цивільному процесі не був настільки ж успішним, як розвиток спрощених форм судочинства в дореволюційній Росії.

Як зазначає В.І. Решетняк: „Інститут судового наказу, орієнтований на функціонування головним чином в умовах ринкової економіки, у російській дійсності 30-х-50-х років ХХ століття з її тоталітарною регламентацією всіх сфер цивільного обороту практично не використовувався. В силу цього не знайшлося йому місця в Цивільному процесуальному кодексі 1964 року, і він на довгий час був необґрунтовано забутий вітчизняним законодавцем” [10, с. 42 ].

Однак, історія вітчизняного наказного провадження, що почалася в другій половині минулого сторіччя і була перервана на рубежі 20-х-30-х років двадцятого століття, одержала своє продовження в даний час як в цивільному так і господарському процесі.

Слід зауважити, що на теперішній час наказне провадження у господарському процесі існує в багатьох країнах СНД. Зокрема Білорусії, Казахстані, в Російській Федерації цей інститут процесуального права знайшов відображення тільки у цивільному процесі. На відміну від Білорусії та Казахстану в Арбітражному процесуальному кодексі РФ передбачено спрощене провадження, яке за змістом дещо інакше, а за метою теж саме.

Сучасна судова система розвивається в напрямку пошуку спрощених форм вирішення підвідомчих різним органам справ, для того, щоб знайти оптимальне співвідношення між результатом і способом його досягнення. У цьому плані мається постійне протиріччя між повільністю, консерватизмом правил судового процесу і необхідністю швидкого вирішення спорів. Багато інститутів, що використані в цьому плані, наприклад, такі як заочне і наказне провадження, відомі досить давно. Тому мова йде більше про те, щоб на

кожнім витку розвитку процесуального права і всієї системи господарської юрисдикції вибрати найбільш прийнятний і раціональний процесуальний інструментарій, що буде адекватно відбивати існуючі реалії та особливості господарського судочинства.

### ***Список використаних джерел.***

1. Липницький Д.Х. Приказное производство в Украине / Д.Х. Липницький, Г.Д. Джумагельдиева // Економіка та право. – 2006. – № 3. – С. 117-120; Логінова С. Наказне провадження у цивільному судочинстві України // Право України. – 2006. – № 7. – С. 76-79; Луспеник Д. Наказне провадження: його цілі, процедура, проблеми та шляхи їх вирішення / Д. Луспеник // Право України. – 2004. – №7. – С. 89-94; Свідерська М. Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса / М. Свідерська // Підприємництво, господарство та право. – 2005. – № 3-4. – С. 117-119, 43-44; Фазикош Г.В. Судовий наказ у цивільному судочинстві (порівняльно-правова характеристика української, російської та німецької моделей) / Г.В. Фазикош // Судова апеляція. – 2007. – № 1(16). – С. 104-113; Шевчук Н. Судовий наказ в цивільному судочинстві / Н. Шевчук // Право України. – 1998. – № 5. – С. 31-34; Ясинюк М. Судовий наказ у цивільному судочинстві / М. Ясинюк // Підприємництво, господарство і право. – 2004. - № 2. – С. 70-72; Ясинюк М. Сучасний погляд на розвиток цивільного процесу в Україні / М. Ясинюк // Підприємництво, господарство та право. – 2006. – № 3. – С.89-90 та ін.
2. Диордиева О.Н. Судебный приказ как форма защиты в гражданском процессе / О.Н. Диордиева // Арбитражный и гражданский процесс. – 2003. – № 6. – С. 2-3; Сисоев Д. Наказне провадження в цивільному процесі Республіки Беларусь / Д. Сисоев // Право України. – 2003. – № 8. – С. 125-127; Трофимов А.А. Судебный приказ: взаимосвязь формы и содержания / А.А. Трофимов // Арбитражный и гражданский процесс. – 2001. – № 8. – С. 19-25; Черёмин М.А. Приказное производство в российском гражданском процессе: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Черёмин Михаил Александрович. – Иваново, 1999. – 211 с. та ін.
3. Штефан О. Наказне провадження у цивільному судочинстві України / О. Штефан // Підприємництво, господарство та право. – 2006. – № 1. – С. 44-48.
4. Щербак С. Сутність судового наказу / С. Щербак // Підприємництво, господарство і право. – 2005. - № 6. – С. 56-59.
5. Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – [4-е изд.]. - Пг.: Изд. юрид. кн. кл. „Право”, 1918. – XVI. – 430 с.
6. Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства: в 3 т./ К.И. Малышев. – СПб., 1876 – .–Т.1. – 1876. – С.39.

7. Николенко Л.Н. Доказывание в хозяйственном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Николаенко Людмила Николаевна. – Донецк, 2004. – С. 141-142.

8. Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде: дис. ... доктора юрид. наук в форме науч. докл.: 12.00.03 / Вершинин Александр Павлович. – СПб., 1998. – С.47.

9. Черёмин М.А. Приказное производство в российском гражданском процессе: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Черёмин Михаил Александрович. – Иваново, 1999. – С.35-36.; Цит.: Черёмин М.А. Приказное производство в российском гражданском процессе: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Черёмин Михаил Александрович. – Иваново, 1999. – С.39.

10. Решетняк В.И., Черных И.И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе: пособие / В.И. Решетняк, И.И. Черных. – М.: Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. – С. 42.