

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ПЕТРУНЯ Валентина Вікторівна

УДК 346.3: 347.42: 346.542

ДИСЕРТАЦІЯ

**ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ
СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ**

Спеціальність: 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне
право

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук
Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело
В.В. Петруня

Науковий керівник:
ПОДЦЕРКОВНИЙ Олег Петрович,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

Одеса-2019

АНОТАЦІЯ

Петруня В.В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право». – Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2019.

У роботі досліджується поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання.

В дисертації вперше запропонована система критеріїв-умов обрання належного та ефективного способу захисту прав суб'єктів господарювання, яку становлять: 1) відповідність способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням; 2) відповідність законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; 3) доцільність та ефективність; 4) адекватність (співрозмірність, еквівалентність) стосовно правопорушення; 5) наявність механізму реалізації (виконання); 6) недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів.

Під способами захисту прав суб'єктів господарювання запропоновано розуміти сукупність передбачених законом, договором або таких, що не суперечать принципу верховенства права діянь уповноважених державних органів або суб'єктів господарювання, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень прав, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав, відшкодування збитків та здійснено вплив на правопорушника.

Запропонована законодавцем свобода при визначенні способу захисту позивачем та судом визначена такою, що є обмеженою, оскільки може бути реалізована виключно у встановлених процесуальних рамках, у тісному зв'язку

із іншими засадами здійснення судочинства, за наявності сукупності підстав тощо.

Обґрунтовано, що недопущення порушення обраним способом захисту прав та інтересів інших суб'єктів як критерій його визначення означає не лише недопустимість створення додаткових перешкод чи якихось обтяжень для осіб, які прямо не є учасниками конфлікту, а й про пропорційність (відповідність) встановлених для відповідача обтяжень змісту і обсягу порушення.

Критерій відповідності (еквівалентності) способу захисту прав суб'єктів господарювання наявному правопорушенню визначено таким, що спосіб захисту має бути адекватним стосовно правопорушення, а міра застосовуваних обтяжень відповідати обсягу порушення або шкоди, завданої потерпілій особі.

Достатність обраного способу захисту для відновлення або визнання порушеного права чи інтересу суб'єкта господарювання як критерій його визначення запропоновано вважати таким чином: захисні та запобіжні заходи, що застосовуються до іншої особи-контрагента, не мають бути більшими (ширшими), аніж це є потрібним для відновлення порушеного права чи попереднього становища позивача. Таку допустиму межу, безумовно, легше визначити для вимог майнового або грошового характеру. Водночас при визначенні граничної межі застосування інших за характером способів захисту варто керуватися принципом пропорційності, відповідно до якого «цілі обмежень прав мають бути істотними, а засоби їх досягнення - обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чиї права обмежуються».

Ефективним запропоновано визнавати такий спосіб захисту, що відповідає обставинам справи та характеру порушення; забезпечує реальний захист (відновлення попереднього становища, визнання права, компенсацію збитків, повернення майна тощо) прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; відновлює баланс інтересів у взаємовідносинах сторін; встановлює баланс приватно-публічних інтересів.

Критерій доцільності при обранні способу захисту включає можливість суб'єкта господарювання застосовувати два або більше способи захисту або

існування декількох альтернативних способів, кожен з яких є достатнім і задовольняє зацікавлену особу. Обрання декількох альтернативних та направлених на захист одного і того ж права або інтересу способів захисту може виражатися у можливості пред'явлення декількох позовів, що мають різну юридичну природу (при цьому вибір конкретного способу захисту здійснюється суб'єктом господарювання виходячи з його внутрішньої волі) або у пред'явленні позову з альтернативними вимогами, що розглядаються у межах одного виду судочинства.

Особливістю способів захисту прав суб'єктів господарювання визначено їх процедурно-процесуальний характер застосування. У межах юрисдикційних форм захисту порядок звернення до уповноважених судових чи адміністративних органів для вжиття матеріальних способів захисту, правила розгляду таких вимог та ухвалення рішення (в частині строків, форми та ін.) у нормативних актах чітко передбачений. У неюрисдикційних формах (при самозахисті) процедурний характер властивий саме способам захисту, на відміну від інших правомірних дій, що мають охоронно-захисне значення.

Визнання відсутності права визначено таким, що не може виступати самостійним та виокремленим способом захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав, а є допустимим у контексті формулювання мотивувальної частини судового рішення та функції правосуддя.

Запропоновано запровадити у наказному провадженні у господарському процесі процедури розгляду господарськими судами заяв про добровільну сплату штрафних санкцій та збитків у сфері господарювання.

Запропоновано дозволити господарським судам розглядати справи в порядку окремого провадження про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення.

Обґрунтовано, що суд, розглядаючи винесене органом публічної влади рішення, повинен оцінювати його з позицій наявності або відсутності компетенції у відповідній сфері та конкретних повноважень щодо визначення

його змісту: в контексті можливості або неможливості прийняття певного рішення та допустимих меж вільного вибору варіанту рішення.

Заперечується допустимість та спрямованість на забезпечення захисту судових актів, якими скасовуються попередні рішення уповноважених органів, винесені за заявами позивачів, та одночасно зобов'язуються уповноважені органи повторно розглянути звернення особи. Подібна практика наражає заявника на ризик отримання відмови з тотожних чи відмінних підстав, ніж це було у перший раз, з одночасним ігноруванням обґрунтованих вимог. Для того, щоб захист права чи інтересу був ефективним і призводив до конкретного результату, суд повинен або безпосередньо прийняти рішення, яке відновлює, захищає право, або зобов'язати орган влади здійснити дії, визначені судом.

При встановленні невідповідності характеру порушення обраному позивачем способу захисту права найбільш обґрунтованою визначена позиція, за якою суд відмовляє у задоволенні позову. Така відмова не заперечує наявності конфлікту, допускає порушення прав та законних інтересів позивача, та одночасно підкреслює неможливість отримання ефективного захисту через обраний спосіб.

Наявна практика застосування судами ч. 2 ст. 5 ГПК України визнана неправильною, адже суди у межах підготовчого провадження ігнорують заперечення відповідачів щодо обрання позивачем неналежних способів захисту або, власне, констатують неналежність способу захисту та відмовляють у задоволенні позову, дотримуючись вже усталеної судової практики, що є необґрунтованим. Враховуючи зміст та обсяг діяльності суду та учасників справи на стадії підготовчого провадження, обґрунтована можливим вже на цьому етапі визначити, чи є обраний позивачем спосіб захисту належним та ефективним.

Застосування такого способу захисту порушеного права, як визнання правочину нікчемним поза судовим розглядом визнано виключно прерогативою сторін. Для усіх інших зацікавлених осіб застосування цього способу захисту є можливим виключно у судовому порядку, оскільки визнання

правочину нікчемним іншими особами не змінює його суті та не дає можливості застосувати наслідки недійсності правочину. Тому у разі необхідності застосувати реституцію як наслідок недійсності правочину у примусовому порядку, коли сторона ухиляється від добровільного повернення переданого майна, визнання нікчемного правочину недійсним у судовому порядку є обов'язковим.

Можливість застосовування такого способу захисту, як присудження до виконання обов'язку в натурі, запропоновано пов'язати в законодавстві із випадками укладання договорів, у яких постачальниками продукції, виконавцями робіт чи надавачами послуг виступають монополісти (суб'єкти господарювання, що займають домінуюче положення).

Питання про застосування присудження до виконання господарського зобов'язання в натурі обґрунтовано таким, що повинне вирішуватися з врахуванням принципу диспозитивності сторін, враховуючи об'єктивну можливість виконання такого зобов'язання або рішення суду та відповідність наявним фактичним обставинам справи (ситуації). Тобто, необхідно визначитися чи доцільно змушувати до виконання зобов'язання або, можливо, доцільніше відновити становище, яке існувало до порушення прав суб'єкта господарювання і вимагати відшкодування збитків.

Ключові слова: спосіб захисту прав суб'єктів господарювання; господарські суди; порушення прав суб'єктів господарювання; господарські правопорушення; критерії-умови обрання способу захисту прав суб'єктів господарювання; порушення прав.

ANNOTATION

Petrunia V.V. The concept and system of methods of protection of the rights of business entities. – Qualifying scientific work on the rights of manuscripts.

Thesis for obtaining scientific degree of Candidate of Juridical Science, specialty 12.00.04 "Commercial Law; economic and procedural law". – National University "Odessa Law Academy", Odessa, 2019.

The thesis studies the concept and system of methods of protection of the rights of business entities

A system of criteria-conditions for electing an appropriate and effective method of protecting the rights of business entities is proposed: 1) the compliance of the method of protecting the content of the violated right, the nature of its violation and the consequences caused by this violation; 2) compliance with the law, the contract, the principles of law and the purpose of judicial protection; 3) expediency and efficiency; 4) adequacy (proportionality, equivalence) in relation to the offense; 5) availability of the implementation mechanism (execution); 6) prevention of violation of rights and interests of other entities.

Under the methods of protection of the rights of business entities it is suggested to understand the totality provided for by law, contract or those that do not contradict the principle of the rule of law, actions which are applied by authorized state authorities or business entities, through which termination can be achieved, prevention, elimination of violations of rights, restoration (recognition) of violated (disputed) rights, compensation of damages and influence on the offender.

The freedom proposed by the legislator in determining the method of protection by the claimant and the court is determined such that it is limited, since it can be implemented only within the established procedural framework, in close connection with other principles of legal proceedings, in the presence of a combination of grounds, etc.

It is substantiated that preventing a violation of the chosen method of protection of the rights and interests of other entities as a criterion for its definition means not only the inadmissibility of creating additional obstacles or some kind of encumbrances for those who are not directly involved in the conflict, but also about the proportionality (compliance) of the defendant's encumbrances established content and volume of violation.

The criterion of adequacy (equivalence) of the method of protection of the rights of business entities to the existing offense is determined in such a way that the method of protection should be adequate in relation to the offense, and the measure of the encumbrances applied should correspond to the amount of violation or harm caused to the victim.

The sufficiency of the chosen method of protection for the restoration or recognition of the infringed right or interest of the business entity as a criterion for its determination is suggested to be considered as follows: the protective and preventive measures applied to another counterparty should not be larger (wider) than is necessary to restore of the violated right or previous claimant's position. Such a permissible limit is, certainly, easier to determine for property or monetary claims. At the same time, when defining the limits of the application of others, the nature of the methods of protection should be guided by the principle of proportionality, according to which "the objectives of the restrictions of rights must be substantial, and the means of achieving them - justified and minimally burdensome for those whose rights are limited".

It is proposed to recognize as effective such a method of protection that is appropriate to the circumstances of the case and the nature of the violation; provides real protection (reinstatement, recognition of rights, indemnification of damages, return of property, etc.) of the rights and legitimate interests of business entities; restores the balance of interests in the mutual relations of the parties; establishes a balance of private-public interests.

The criterion of expediency in choosing a method of protection includes the ability of the business entity to apply two or more methods of protection or existence of several alternative methods, each of which is sufficient and satisfies the interested person. The selection of several alternative and aimed at protecting the same right or interest in methods of protection may be expressed in the possibility of filing several lawsuits of different legal nature (with the choice of a particular method of protection is carried out by business entity on the basis of his internal freedom), or in a lawsuit with alternative requirements that are considered in the same type of proceedings.

The peculiarity of the methods of protecting the rights of business entities is determined by their procedural nature of application. Within the framework of jurisdictional forms of protection, the procedure for applying to authorized judicial or administrative bodies for the adoption of material methods of protection, the rules for considering such claims and issuing a decision (in terms of terms, forms, etc.) are clearly stipulated in regulatory acts. In non-jurisdictional forms (with self-defense) procedural character is inherent in the methods of protection, in contrast to other legitimate actions that have protective significance.

Recognition of a lack of rights is defined as such that it cannot act as an independent and dedicated way of protecting the impugned, disputed or unrecognized rights, but is permissible in the context of the formulation of the motive part of the judicial decision and the functions of justice.

It is proposed to introduce in the order proceedings in the economic process the procedure for consideration by commercial courts of applications for voluntary payment of penalties and losses in the sphere of economic activities.

It is proposed to allow commercial courts to consider cases in a special procedure to confirm the presence or absence of legal facts that are relevant.

It is substantiated that the court considering the decision made by the public authority, should assess it from the standpoint of the presence or absence of competence in the relevant field and specific powers to determine its content; in the context of the possibility or impossibility of making a certain decision and the permissible limits of the free choice of the solution.

Denied the admissibility and focus on ensuring the protection of judicial acts, which cancels the previous decisions of the authorized bodies, made on the claims of the plaintiffs, and at the same time oblige the competent authorities to reconsider the appeal of the person. This practice puts the applicant at risk of receiving a refusal of identical or different reason than was the first time, while at the same time ignoring the substantiated claims. In order to ensure that the protection of the right or interest is effective and lead to a specific result, the court must either directly make a decision

that restores, protects the right, or obliges the authority to carry out the actions determined by the court.

When establishing the inconsistency of the nature of the violation of the method of protecting the right chosen by the plaintiff, the most well-founded position is that the court refuses to satisfy the claim. Such a refusal does not deny the existence of a conflict, permits a violation of the rights and legitimate interests of the plaintiff, and at the same time emphasizes the impossibility of obtaining effective protection through the chosen method.

The existing practice of application by the courts the Part 2 of Art. 5 of the Economic Procedure Code of Ukraine was found to be incorrect, because the courts in the frame work of preparatory proceedings ignore the objections of the defendants to the plaintiff's choosing improper methods of protection or, in fact, state that the method of protection does not belong and refuse to satisfy the claim, following the established court practice, which is unreasonable. Considering the content and scope of the court and the participants in the case at the stage of preparatory proceedings, it is justified at this stage to determine whether the chosen method of protection by the plaintiff is appropriate and effective.

The application of such a method of protection of the violated right, as the recognition of a transaction as worthless outside the trial proceedings, is recognized exclusively by the parties. For all interested parties, the use of this method of protection is possible only in a judicial proceeding, since the recognition of the transaction by the insignificant other persons does not change its substance and prevents the possibility of applying the consequences of the invalidity of the transaction. Therefore, in case of necessity to apply the restitution as a consequence of invalidity of the transaction under compulsory procedure, when the party evades from the voluntary return of the transferred property, the recognition of a void transaction as invalid in court is mandatory.

The possibility of applying such a method of protection, such as the awarding of a obligation in kind, is proposed to link in the law with cases of conclusion of

contracts in which the suppliers of products, works executors or service providers act as monopolists (business entities with a dominant position).

The question of the use of the award to perform an economic obligation in kind is justified by the fact that it should be decided taking into account the principle of dispositivity of the parties, taking into account the objective possibility of fulfilling such an obligation / court decision and the existing factual circumstances of the case (situation). That is, it is necessary to determine whether it is expedient to force the fulfillment of the obligation or, perhaps, it is more expedient to restore the situation that existed before the violation of the rights of the entity and to claim damages.

Key words: method of protecting the rights of business entities; commercial courts; violations of the rights and interests of business entities; economic and legal impact on the offender; criteria-conditions for electing method of protecting the rights of business entities; violation of the rights.

Список публікацій здобувача:

1) Петруня В.В. Проблема ефективності використання способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць*. 2012. Вип. 63. С. 520-527.

2) Петруня В.В. Відповідність предмета спору встановленим законодавством способам захисту прав суб'єктів господарювання. *Вісник господарського судочинства*. 2013. № 5. С. 159-165.

3) Петруня В.В. Критерії способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Юридичний вісник*. 2014. № 4. С. 307-311.

4) Петруня В.В. Штрафні санкції в господарських зобов'язаннях: проблеми застосування. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 2. С. 46-49.

5) Петруня В.В. Выполнение хозяйственного обязательства в натуре. Опыт разных стран. *Jurnalul juridic national: Teorie și Practică. (Республика Молдова)*. 2015. № 5 (15). С. 50-53.

6) Петруня В.В. Поняття способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Гармонізація правових засад підприємництва*: зб. матеріалів III Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції, 14-22 березня 2012 р., Луганськ: Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля, 2012. – С. 118-120.

7) Петруня В.В. Способи захисту прав суб'єктів господарювання. Досвід Англії. *Правове життя сучасної України*: зб. матеріалів Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу, 20-21 квітня 2012 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2012. Т. 3. С. 253-254.

8) Петруня В.В. Встановлення юридичних фактів як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання. *Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності та права*: зб. матер. Міжнар. наук. конф., 30 листопада 2012 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2012. Т. 2. С. 687-689.

9) Петруня В.В. Визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання. *Правове життя сучасної України*: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф., 16-17 травня 2013 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2013. Т. 2. С. 784-786.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ.....	15
ВСТУП.....	16
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ СПОСОБУ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ.....	25
1.1. Поняття та призначення способів захисту прав суб'єктів господарювання	25
1.2. Співвідношення способів захисту з іншими елементами захисту прав суб'єктів господарювання.....	38
1.3. Встановлення та застосування способів захисту прав суб'єктів господарювання у зарубіжних країнах.....	49
Розділ 2. СИСТЕМА СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ТА КРИТЕРІЇ ЇХ ВИБОРУ.....	57
2.1. Класифікація способів захисту прав суб'єктів господарювання.....	57
2.2. Способи захисту прав суб'єктів господарювання, що застосовуються виключно судами.....	67
2.3. Несудові та змішані способи захисту прав суб'єктів господарювання.....	104
2.4. Критерії обрання способів захисту прав суб'єктів господарювання.....	127
Розділ 3. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ	147
3.1. Матеріально-правовий та процесуальний механізм примусу публічних органів до вчинення певних дій (бездіяльності) у сфері господарювання.....	147
3.2. Вирішення спорів про встановлення, зміну і припинення господарських правовідносин.....	160
3.3. Примус до виконання господарського зобов'язання в натурі.....	172

ВИСНОВКИ.....	186
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	195
ДОДАТКИ.....	220

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

Верховний Суд України – ВСУ;

Вищий господарський суд України – ВГСУ;

Господарський кодекс України – ГК України;

Господарський процесуальний кодекс України – ГПК України;

Цивільний кодекс України – ЦК України;

Цивільний процесуальний кодекс України – ЦПК України;

Кодекс адміністративного судочинства України – КАС України;

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини;

ФРН – Федеративна Республіка Німеччини;

США – Сполучені Штати Америки;

ЄТК США – Єдиний торгівельний кодекс Сполучених Штатів Америки.

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Ринкове саморегулювання, економічна конкуренція, залучення інвестицій, розвиток малого і середнього підприємництва – ці та інші пріоритети в економічній системі України сьогодні як ніколи напряду залежать від відпрацьованого механізму (алгоритму) захисту прав суб'єктів господарювання – від порушень з боку контрагентів, тиску конкурентів, неправомірних дій органів державної влади тощо.

Незважаючи на інтенсивний та прогресивний розвиток законодавства, що регулює діяльність суб'єктів господарювання, системність змін у реалізації наданих їм можливостей може бути досягнута лише за умови забезпечення ефективного захисту прав суб'єктів господарювання, який вбачається в розширенні засадничих положень щодо форм, засобів та способів врегулювання господарських спорів. Особливого значення це питання набуває в умовах зміни підходу до порядку встановлення ефективного способу захисту порушеного права або законного інтересу суб'єкта господарювання відповідно до нової редакції Господарського процесуального кодексу України, що набула чинності у 2017 році, та розширення компетенції суду в частині визначення ефективного способу захисту відповідно до змісту порушення та заявлених вимог позивача.

Дієвість обраного суб'єктом господарювання способу захисту порушеного права залежить від наявних організаційних умов щодо його застосування та виконання рішення, прийнятого на його основі, з огляду на його процедурно-процесуальний характер, що обумовлює необхідність визначення теоретичних та практичних основ системи способів захисту прав суб'єктів господарювання на підставі аналізу положень не лише господарського матеріального, але й процесуального права. Відтак, будучи категорією матеріального права, спосіб захисту розкриває свій функціональний зміст лише у взаємозв'язку із процесом його застосування.

Тому аналіз теоретичних і практичних аспектів встановлення належних та ефективних способів захисту суб'єктів господарювання становить одну з найважливіших проблем науки господарського права.

З вищезазначеного випливає, що комплексне господарсько-правове дослідження поняття та системи способів захисту суб'єктів господарювання є актуальним і необхідним для оптимізації взаємодії усіх учасників відносин у сфері господарювання та утвердження правового господарського порядку в Україні.

Аналіз наукової літератури свідчить, що проблеми захисту прав суб'єктів господарської діяльності були предметом дослідження багатьох учених-юристів: О. Аушевої, В. Беяневич, В. Брагинського, О. Бринцева, А. Васильєва, О. Вінник, В. Вітрянського, В. Грибанова, М. Гурвіча, О. Загнітко, А. Карапетова, О. Кота, С. Кравчука, Д. Мейєра, О. Подцерковного, В. Попондопуло, М. Рожкової, З. Ромовської, Н. Саніахметової, В. Селіванової, О. Хрімлі, Д. Чечота, В. Щербини та інших. Але, як свідчить практика, при виникненні спорів між суб'єктами господарювання та їх вирішенні мають місце численні неврегульовані питання, що не сприяє подальшому розвитку сфери господарювання та економіки в цілому. Таким чином, необхідність належного правового регулювання порядку та способів захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, заснованого на сучасних ґрунтовних наукових напрацюваннях, визначається метою забезпечення сталого економічного розвитку України.

Попри численні дослідження з питань захисту суб'єктивних прав та законних інтересів [1, 2], у тому числі, суб'єктів господарювання [3], проблема обрання та застосування способів захисту прав суб'єктів господарювання не отримала комплексного дослідження у вітчизняній юридичній літературі. Так, у наукових працях частіше можна виявити лише правовий аналіз використання окремих способів захисту (Андрійцьо В. Д. «Примусове виконання обов'язку в натурі як спосіб захисту цивільних прав» [4]) або їх розгляд у контексті захисту прав у певних сферах господарювання (наприклад, О. Г. Хрімлі «Захист прав

інвесторів у сфері господарювання: теоретико-правовий аспект» [5]) або від окремих правопорушень (Швець В.О. «Судовий захист суб'єктів господарювання від рейдерських захоплень в Україні: стан та шляхи вдосконалення» [6]). Такий стан наукових досліджень укр. важливого правового інструменту – способу захисту порушеного, оспорюваного або невизнаного права – не відповідає сучасним вимогам щодо його застосування, а тому його наукова розробка видається назрілою та доцільною.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертація виконана відповідно до плану науково-дослідної програми «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку української державності та права» (держ. реєстр. номер 011U0006H), на 2011—2015 рр. та «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» (державний реєстраційний номер 0116 U001842) на 2016—2020 рр., у рамках яких автором досліджено питання визначення поняття та встановлення системи способів захисту прав суб'єктів господарювання.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертації є визначення поняття та системи способів захисту, які можуть бути застосовані у випадку порушення, оспорювання та невизнання прав суб'єктів господарювання, та обґрунтування пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства у сфері захисту прав суб'єктів господарювання.

Для досягнення вказаної мети було визначено такі завдання:

розкрити зміст, правову природу, поняття та призначення способів захисту прав суб'єктів господарювання;

визначити співвідношення та взаємозв'язок способів захисту із засобами та формами захисту;

розкрити практику застосовування способів захисту прав суб'єктів господарювання за законодавством зарубіжних країн;

розробити класифікацію способів захисту прав суб'єктів господарювання;

встановити перелік несудових та змішаних способів захисту прав суб'єктів господарювання, визначити умови і порядок їх застосування;

співвіднести матеріально-правовий та процесуальний механізм примусу публічних органів до вчинення певних дій у сфері господарювання;

встановити порядок вирішення спорів про встановлення, зміну або припинення господарських правовідносин;

розкрити умови застосування примусу до виконання господарського зобов'язання в натурі;

обґрунтувати пропозиції щодо вдосконалення господарського законодавства у сфері застосування ефективних способів захисту прав суб'єктів господарювання.

Об'єктом дисертаційного дослідження є правовідносини, що виникають у сфері застосування способів захисту прав суб'єктів господарювання.

Предметом дисертаційного дослідження виступає поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання.

Методи дослідження. Обрана тема, поставлені мета та завдання зумовили використання загальнонаукових та спеціальних методів дослідження. Діалектичний метод пізнання дозволив дослідити правову природу, ознаки та особливості способів захисту прав суб'єктів господарювання. За допомогою системного методу було вивчено групи способів захисту, що застосовуються виключно судами (підрозділ 2.1), несудові та змішані способи захисту прав суб'єктів господарювання (підрозділ 2.3). Історико-правовий метод дозволив проаналізувати положення вітчизняного законодавства та підходи до встановлення способів захисту в історичній ретроспективі (підрозділи 1.1, 2.2). Порівняльно-правовий метод застосовувався при вивченні іноземного досвіду захисту прав суб'єктів господарювання (підрозділ 1.3). Догматичний метод дозволив проаналізувати зміст норм чинного законодавства з питань застосування окремих способів захисту прав суб'єктів господарювання (підрозділи 1.1, 2.1, 2.2, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3). У процесі тлумачення конкретних юридичних конструкцій і формулювань широко використовувалися прийоми формальної логіки і лексико-граматичного аналізу (підрозділи 1.1, 1.2, 3.2, 3.3).

Теоретичну основу дослідження складають роботи таких вітчизняних і зарубіжних вчених: О.І. Антонюк, О.А. Беляневич, О.В. Бринцева, О.П. Вершиніна, В.П. Грибанова, В.В. Вітрянського, М.І. Брагинського, І.О. Дзери, Г.Л.Знаменського, В.К. Мамутова, Т.М. Підлубної, О.П. Подцерковного, Я.В. П'янової, К. Осаке та інших.

Нормативну основу дослідження складають господарське, цивільне, адміністративне, господарсько-процесуальне та адміністративно-процесуальне законодавство України, Російської Федерації, Німеччини, Франції, США та ін.

Емпіричну основу дослідження становлять господарське, цивільне, адміністративне, господарсько-процесуальне та адміністративно-процесуальне законодавство України, Німеччини, Франції, США, практика діяльності господарських, цивільних та адміністративних судів, рішення Конституційного Суду України.

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертація є першим у вітчизняній юридичній науці України комплексним господарсько-правовим дослідженням поняття та системи способів захисту прав суб'єктів господарювання, серед яких слід зазначити такі:

Вперше:

розроблено систему критеріїв-умов, застосування яких обумовлює вибір ефективного способу захисту прав суб'єктів господарювання та конкретизувати дискрецію суду при їх встановленні, зокрема виокремленням серед них: 1) відповідності способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням; 2) відповідності законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; 3) доцільності та ефективності; 4) адекватності (співрозмірності, еквівалентності) стосовно правопорушення; 5) наявності механізму реалізації (виконання); 6) недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів;

обґрунтовано необхідність під час позовного провадження визначати часові межі для встановлення неналежності та неефективності обраного позивачем способу захисту та момент ухвалення рішення судом про

застосування іншого способу захисту – до закінчення підготовчого засідання, а у справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження – не пізніше ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі. Такий висновок пов'язується з неможливістю позивача після цього терміну подавати заяви щодо зміни предмета або підстави позову та/або докази на підтвердження належності новообраного способу захисту;

доведено, що визнання відсутності права не може виступати самостійним та виокремленим способом захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав, а є допустимим у контексті формулювання мотивувальної частини судового рішення та функції правосуддя;

обґрунтовано потребу запровадження у наказному провадженні процедури розгляду господарськими судами заяв про добровільну сплату штрафних санкцій та збитків у сфері господарювання;

удосконалено:

визначення поняття способу захисту порушеного, оспорюваного чи невизнаного права або законного інтересу суб'єкта господарювання, під яким запропоновано розуміти сукупність передбачених законом, договором або таких, що не суперечать принципу верховенства права діянь уповноважених державних органів або суб'єктів господарювання, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень прав, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав, відшкодування збитків та здійснено вплив на правопорушника;

положення щодо обґрунтування процедурно-процесуального характеру застосування способів захисту в межах як юрисдикційних, так і неюрисдикційних форм захисту;

науковий підхід до розуміння ефективного способу захисту як такого, що: відповідає обставинам справи та характеру порушення; забезпечує реальний захист (відновлення попереднього становища, визнання права, компенсацію збитків, повернення майна тощо) прав та законних інтересів суб'єктів

господарювання; відновлює баланс інтересів у взаємовідносинах сторін; встановлює баланс приватних та публічних інтересів;

тезу про недопустимість застосування такого способу захисту права, як примус публічних органів вчинити певні дії або утриматись від них без вимоги про визнання неправомірними та скасування попередніх рішень публічних органів з цього питання, з огляду на відсутність у публічних органів права самостійно скасовувати власні рішення;

положення щодо відсутності у господарських судів права відмовляти в задоволенні позову з тих підстав, що відповідач не претендує та не оспорує право власності позивача щодо спірного об'єкта, коли вимога про визнання права власності, пред'явлена до органу реєстрації прав на нерухоме майно, не є єдиним предметом позову, а є передумовою для досягнення позивачем кінцевої мети позову – отримання офіційного підтвердження свого права відповідними правовстановлюючими документами, що видаються спеціально уповноваженими органами, задля реалізації абсолютних прав на спірне майно;

науковий підхід щодо віднесення принципів права до юридичних обмежень застосування непередбачених законом та договором способів захисту шляхом обґрунтування змін до ч. 2 ст. 5 Господарського процесуального кодексу України;

дістали подальший розвиток:

положення щодо допустимості обрання позивачем декількох альтернативних та спрямованих на захист того самого права або інтересу способів захисту, що може виражатися у пред'явленні декількох позовів, які мають різну юридичну природу, або позову з альтернативними вимогами, що розглядаються у межах одного виду судочинства;

підстави розмежування засобів, форм та способів захисту, при цьому під засобом захисту прав запропоновано розуміти певний інструмент, використання якого спрямоване на реалізацію способів захисту, а під формою захисту прав – порядок вчинення дій щодо реалізації права на захист;

підходи до запровадження у законодавстві випадків, коли суб'єкти господарювання обмежується у можливості самостійно визначати розмір штрафних санкцій при застосуванні такого способу захисту;

положення щодо визначення на законодавчому рівні випадків обмеження можливості суб'єкта господарювання самостійно визначати розмір штрафних санкцій при застосуванні такого способу захисту;

теоретичні розробки щодо особливостей застосування такого способу захисту порушеного права, як визнання правочину нікчемним поза судом виключно сторонами; для усіх інших зацікавлених осіб застосування цього способу захисту є можливим лише у судовому порядку, оскільки визнання правочину нікчемним іншими особами не змінює його суті та не дає можливості застосувати наслідки недійсності правочину;

пропозиції щодо необхідності застосування у вітчизняній господарській практиці положень Принципів УНІДРУА та Принципів європейського договірної (контрактного) права, що виступають на користь визнання можливості вимагати виконання в натурі за низкою чітко встановлених законодавчих винятків, які відсікали б позови про виконання в натурі вже на стадії судового розгляду в разі визнання неможливості, нерозумності або зайвої обтяжливості примусу у кожному конкретному випадку;

висновок щодо необхідності врахування судом при застосуванні такого способу захисту, як присудження до виконання господарського зобов'язання в натурі, принципу диспозитивності сторін, об'єктивної можливості виконання такого зобов'язання або рішення суду та відповідності наявним фактичним обставинам справи (ситуації); у випадку недоцільності такого виконання суд має право обрати більш ефективний спосіб захисту: відновити становище, яке існувало до порушення прав суб'єкта господарювання, і вимагати відшкодування збитків та ін.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані в дисертації теоретичні положення, висновки і рекомендації можуть бути використані:

у науково-дослідній роботі – з метою подальшого дослідження системи способів захисту прав суб'єктів господарювання;

у навчальному процесі – для викладання курсів «Господарське право», «Господарський процес», при розробці методичних рекомендацій, коментарів, навчальних посібників;

у нормотворчій та правозастосовній діяльності – для вдосконалення чинного законодавства у сфері захисту прав суб'єктів господарювання, зокрема для внесення змін та доповнень до Господарського кодексу України, Господарського процесуального кодексу України тощо.

Апробація результатів дисертації. Основні висновки та результати дослідження доповідались на засіданнях кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», а також: Міжнародній науково-практичній конференції «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності та права» (м. Одеса, 30 листопада 2012 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 16–17 травня 2013 р.); Міжнародній науковій конференції професорсько-викладацького складу «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 20–21 квітня 2012 р.); III Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Гармонізація правових засад підприємництва» (м. Луганськ, 14–22 березня 2012 р.).

Публікації. Основні наукові положення дисертаційного дослідження відображені у 9 наукових публікаціях, 4 з яких опубліковані у наукових фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 1 – у зарубіжному виданні та у 4 тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, що містять десять підрозділів, висновків та списку використаних джерел (256 найменувань). Загальний обсяг роботи становить 221 сторінка, з яких список використаних джерел – 25 сторінок.

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ СПОСОБУ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

1.1. Поняття та призначення способів захисту прав суб'єктів господарювання

В Україні право на незаборонену законом підприємницьку діяльність є конституційним правом людини і громадянина, що передбачене ст. 42 Конституції України [7]. І хоча в нашій державі в цілому і створено достатню нормативну базу підприємництва, ця база не забезпечує повною мірою поєднання свободи підприємництва та конкуренції з належним захистом прав підприємців, що зумовлює актуальність дослідження питань захисту прав підприємців [8].

О.А. Беляневич розглядає складовою обов'язку держави по захисту прав суб'єктів господарювання та важливою юридичною гарантією розвитку підприємництва і забезпечення правового порядку в сфері суспільного виробництва наявність, створення та підтримання «ефективної, внутрішньо узгодженої системи форм, способів та процесуальних засобів захисту порушених суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів» [9, с. 62].

Господарсько-правовий захист прав господарюючих суб'єктів переслідує дві основні цілі. З одного боку – забезпечити безпеку від несприятливих дій зі сторони інших учасників ринкових відносин, які займають поряд з ним рівне становище. З іншого боку – попередити, а можливо й присікти вже на початковій стадії порушення його прав у відносинах, де стороною виступає держава в особі органів, наділених владними повноваженнями. Метою захисних заходів є встановлення балансу інтересів держави та суб'єктів господарювання.

Одразу зауважимо, що захисту підлягають не тільки права, конституційні та суб'єктивні, конкретизовані у різних галузях права, а й охоронюваний

законом інтерес («законний інтерес» в термінології оновлених процесуальних кодексів – примітка В. П.) суб'єктів господарювання як самостійний об'єкт захисту. На відміну від суб'єктивного права, яке надає носію налагоджений механізм реалізації можливості, визнаної нормою об'єктивного права, інтерес виражений лише в загальних обрисах. Як відзначається практично всіма науковцями, інтерес не може суперечити нормам законодавства. Інтерес може бути підтверджений принципами господарсько-правового регулювання. Акти законодавства і локальні джерела права визначають інтерес як об'єкт захисту поряд із суб'єктивним правом, але ніколи – замість або як взаємозамінний термін.

Законний інтерес Н.В. Вітрук, як і юридичне право, пов'язує із можливістю особистості з користування соціальними благами [10, с. 109]. У цьому випадку законний інтерес співпадає із розумінням суб'єктивного права.

А.В. Малько вважає, що «законний інтерес – це відображений в об'єктивному праві або впливає з його загального змісту і певною мірою гарантований державою простий юридичний дозвіл, що виражається в прагненні суб'єкта користуватися конкретним соціальним благом, а також в деяких випадках звертатися за захистом до компетентних органів з метою задоволення своїх потреб, що не суперечать суспільним» [11, с. 375]. Близьке за змістом розуміння законного інтересу було запропоновано А.А. Єрошенко. На його думку, інтерес, що охороняється законом, необхідно охарактеризувати, як юридичний, що передбачає «прагнення суб'єкта в досягненні тих благ, володіння якими дозволено державою і забезпечене шляхом надання особі правових можливостей певного виду» [12, с. 19]. Н.А. Шайкенов зазначає, що «законним» інтерес стає лише в результаті правотворчої діяльності законодавця і являє собою тому похідне (вторинне) соціальне явище» [13, с. 159].

За визначенням багатьох авторів, в основі суспільних відносин лежить інтерес суб'єктів, реалізований у правовому відношенні, як правило, за допомогою попередньої конкретизації і закріплення у диспозиції норми права. У диспозиції інтерес розщеплюється на суб'єктивне право і кореспондуючий

юридичний обов'язок. Законодавець, зважаючи на багатоманітність господарських відносин, виділяє лише найбільш важливі, «стрижневі» права та варіанти поведінки суб'єктів права у даній царині та ретельно їх деталізує. Інші численні аспекти суспільних відносин, віднесені законодавцем до сфери дозволеного, не забороненого, повинні бути деталізовані самими суб'єктами правовідносин у міру необхідності, виходячи з цілей законодавства і здорового глузду, а у випадку виникнення суперечки – на них повинен вказати юрисдикційний орган, установлюючи (конкретизуючи) права та обов'язки, які впливають з охоронюваних законом інтересів сторін. Саме ці аспекти – з царини припустимого та бажаного поведінки суб'єктів господарювання, розглядаються як охоронювані законом інтереси і підлягають захисту нарівні із закріпленими у нормативно-правових актах суб'єктивними правами [14, с. 161].

Легальне визначення поняття «законного інтересу» наведено в рішенні Конституційного Суду України від 01.12.2004. Відповідно до його положень поняття «охоронюваний законом інтерес», що вживається в законах України у логічно-смісловому зв'язку з поняттям «права», треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам [15]. У цьому випадку відмежування права від інтересу проведено по лінії прямого чи опосередкованого закріплення в правових положеннях благ.

Отже, законодавцем закріплена гарантія захисту не тільки прав суб'єктів господарювання, а й їх законних інтересів. Проте, очевидно, що питання захисту не лише прав, але й законних інтересів створює надзвичайно широке поле дослідження, яке може бути виділено в контексті саме захисту прав, без дослідження особливостей захисту інтересів.

Категорія правового захисту традиційно ставала об'єктом уваги науковців-правознавців різних галузей права. Зустрічалися думки від включення до правового захисту правових норм щодо встановлення прав і обов'язків, порядку здійснення та захисту цих елементів, подекуди, навіть діяльності суб'єктів із здійснення прав, діяльність державних органів, спрямованих на запобігання правопорушень та накладання правових санкцій. Не менш поширеним є погляд на правовий захист як на систему заходів щодо забезпечення неухильного додержання права, здійснення прав та усунення порушень права. У свою чергу за радянського періоду правовий захист пов'язувався із державно-примусовою діяльністю, що спрямовується на правовідновлення, забезпечує неухильне виконання юридичних обов'язків.

Сучасні вчені під захистом прав суб'єктів господарювання розуміють систему заходів (форм і способів діяльності), котрі здійснюються відповідно до закону як суб'єктом господарювання самостійно, так і через уповноважених осіб, і спрямовані на запобігання й усунення погроз порушення прав відповідних суб'єктів, усунення перешкод здійсненню цих прав, відновлення порушених прав і правового захисту та притягнення порушників до відповідальності [16, с. 59]. Цивілісти пропонують визначати «захист прав» як сукупність дозволених законом певних дій, прийомів, способів, що використовуються особою, право якої порушено, або може бути порушено чи оспорується, з метою відновлення порушеного (оспорюваного) права, припинення правопорушення чи запобігання вчиненню правопорушення та відшкодування спричиненої шкоди [17, с. 185, 187]. Більш загальне визначення «правового захисту» запропонував Г.П. Арєф'єв – як діяльність, спрямовану на відновлення порушених прав. Зміст захисту він визначає як «діяльність державних, громадських, змішаних організацій і організацій, суб'єктів права, яких порушено, щодо відновлення цих прав та охоронюваних законом інтересів, усунення спірності у відносинах між суб'єктами права, застосування державно-правового примусу у визначених законом формах і передбачених ним способах» [18, с. 137-140]. Поняття «захист прав» суб'єктів включає у себе, з

одного боку, можливість уповноваженим суб'єктом вчинити певні дії, а з іншого – вимагати певної поведінки від іншого суб'єкта. При цьому вчинення певних дій включає у себе дії, спрямовані на реалізацію форм захисту права, а право вимоги вчинення певних дій – засоби впливу на порушника. Захист прав є складовим елементом суб'єктивного права особи, своєю чергою особа може бути суб'єктом різних правовідносин (матеріально-правових або процесуально-правових), залежно від того, суб'єктом яких саме правовідносин вона виступає, формується комплекс, зміст її суб'єктивних прав та обов'язків.

Як зазначає Т. Чернадук, «право на захист – це передбачена законодавством можливість уповноваженої особи самостійно застосовувати дозволені або санкціоновані законом юридичні засоби впливу на порушника або звернутися до відповідного юрисдикційного органу з вимогою спонукати порушника до певної поведінки» [19, с. 27].

Т. Бондар, вказуючи на наявність різноманітних позицій науковців щодо поняття та змісту захисту цивільних прав і інтересів, виокремлює три основних підходи [20, с. 21-22]. Так, одні автори під захистом цивільних прав і інтересів зазвичай розуміють встановлені законом заходи, спрямовані на відновлення або визнання цивільних прав і захист інтересів у разі їх порушення чи оспорювання [21, с. 291] , інші – кваліфікують зазначені правоохоронні заходи як способи захисту цивільних прав і акцентують увагу на суб'єктивному праві на захист, тобто на можливості управненого суб'єкта в процесі його здійснення [22, с. 409], треті – визначають зміст захисту цивільних прав і інтересів суб'єктів цивільно-правових відносин як діяльність, спрямовану на усунення перешкод у здійсненні цивільних прав і виконанні обов'язків [23, с. 6]. Т. Бондар пропонує під захистом цивільного права розуміти «реалізацію встановленого законом суб'єктивного права особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання шляхом застосування обраних самою особою чи встановлених договором або актами цивільного законодавства правоохоронних заходів – способів захисту цивільних прав» [20, с. 21].

Єднає ці позиції наступне – усі вони визнають можливість здійснення захисту саме через застосування передбачених законом або договором форм, засобів та способів захисту.

Цікавою є думка колективу науковців-господарників, які під захистом прав суб'єктів господарювання розуміють введення в дію системи прав і організаційно-технічних заходів, спрямованих на забезпечення реалізації прав цих суб'єктів та недопущення їх порушень. Сукупність взаємопов'язаних правових засобів, способів і форм, за допомогою яких поведінка суб'єктів господарювання, їх контрагентів та державних органів у ході їх правовідносин приводиться у відповідність до вимог та дозволів, що містяться у нормах права, і тим самим забезпечується захист законних прав суб'єктів, складає механізм захисту» [24, с. 50]. Однак, на думку А.С. Васильєва та О.П. Подцерковного, «дане визначення є спірним, оскільки за його межами залишається сама сукупність інструментів, за допомогою яких забезпечується захист законних прав та інтересів суб'єктів. Коли ж відповідні інструменти вводяться в дію, слід говорити про механізм захисту. Тому під захистом прав суб'єктів господарювання вони розуміють сукупність взаємопов'язаних правових засобів, способів та форм, за допомогою яких при необхідності забезпечується захист законних прав та інтересів суб'єктів господарювання при їх порушенні» [25, с. 446].

Останнє зауваження є вкрай важливим – неможливість реалізації навіть найпрогресивнішої норми права зводить нанівець усю її цінність для механізму правового регулювання та осіб, що вступають у ту сферу відносин, яку вона покликана впорядкувати. Тим більш доцільним є наявність чіткого механізму реалізації захисних норм – їх положення втілюються у життя, по суті, лише у результаті правозастосування. З огляду на це, захист прав у рамках цього дисертаційного дослідження розглядатиметься широко – як діяльність уповноважених органів та зацікавлених осіб щодо застосування сукупності правових форм, засобів та способів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання.

Нарешті, слід наголосити і на співвідношенні понять «охорона прав» та «захист прав». Одразу зазначимо, що стосовно цього питання наявні численні наукові дискусії, але, оскільки це питання не входить до предмету нашого дослідження, обмежимося лише уточненням, у якому контексті поняття охорони у співвідношенні із захистом вживатиметься у цій роботі.

О. Штефан зазначає, що поняття «охорона прав» та «право на захист» не є тотожними, при цьому останнє виступає гарантією реалізації прав суб'єктами будь-яких правовідносин [26, с. 17].

Найбільш поширеною є точка зору, згідно з якою поняття правової охорони є ширшим за поняття захисту права [1, с. 186] – про охорону прав слід говорити як про правовий засіб, що запобігає порушенню, а про захист – як про такий, що настає за порушенням і тягне за собою відновлення відповідного суб'єктивного права [27, с. 12]. Так, згідно з одним з підходів (його поділяє, наприклад, Л.О. Красавчикова) охорона за своєю структурою поділяється на три ланки: регулятивну, забезпечувальну та захисну. Захист у даному випадку розглядається як окремий вид охорони і використовується у разі наявного правопорушення [28, с. 12]. Проте, якщо припустити, що право на захист виникає при умові його порушення чи оспорювання та передбачення законом його захисту, то слід визнати неприпустимими так звані превентивні способи захисту, направлені на попередження порушення права [29, с. 20], а це суперечить позиції законодавця, який сьогодні в процесуальних кодексах закріплює можливість для зацікавлених осіб вживати в судовому порядку передбачені законом заходи, спрямовані на запобігання правопорушенням (див. ч. 2 ст. 4 ГПК України). З огляду на це, загалом поділяючи погляди на захист права як елемент охорони, вважаємо, що більш доцільним та таким, що відповідає сучасній практиці підхід, за якого заходи захисту слід визнавати правоохоронними заходами, тобто такими, що можуть вживатися як у разі порушення, оспорювання або невизнання права, так і задля попередження його порушення (у разі наявності загрози).

Отже, згідно з вищевикладеним, під захистом прав необхідно розуміти сукупність взаємопов'язаних правових засобів, способів та форм, за допомогою яких, при необхідності, забезпечується захист законних прав суб'єктів господарювання по відновленню, визнанню порушених чи оспорюваних прав, запобіганню, усуненню перешкод здійснення прав, притягнення правопорушників до відповідальності. А «охорону прав» можна визначити як широкий комплекс засобів правового, організаційного й іншого характеру, що визначають правове становище суб'єктів, порядок набуття, реалізацію і припинення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, й гарантуються встановленими законом способами і порядком захисту прав суб'єктів у разі їх порушення.

Останнім часом все частіше серед головних ризиків, що відлякують і іноземних інвесторів та утискають малий та середній бізнес в Україні, називають складність, а іноді взагалі відсутність механізмів реалізації окремих законодавчих положень, та неспроможність держави гарантувати ефективний захист прав суб'єктів господарювання у таких випадках. Відбувається це, в тому числі, і через застарілість підходів до трактування порядку обрання належних способів захисту, які не відповідають сучасному стану економічної системи та потребам господарюючих суб'єктів. Водночас, вироблення єдиного підходу до розуміння поняття та місця способів захисту прав суб'єктів господарювання у системі понятійно-категоріального апарату господарського та господарського процесуального права, як видається, надасть можливість удосконалити та створити ефективну систему способів захисту прав, що здатна усунути наявні на практиці проблем їх застосування. Особливо важливим вирішення цього питання видається на тлі оновленого процесуального законодавства.

Наразі у чинному законодавстві України дефініція поняття «спосіб захисту прав» відсутня, а у юридичній літературі виділяють різні його визначення. Розглянемо їх детально.

Загалом, у правовому середовищі способом, як матеріально-правовою категорією, охоплюється як дія, так і бездіяльність. Ще Д.І. Мейєр зазначав, що «юридичні дії поділяються на позитивні і негативні. Позитивна дія складається в дійсному скоєнні чого-небудь, а негативна – у такому прояві волі, який міститься в утриманні від іншої дії» [30, с. 175]. Це пояснення є цілком справедливим і для способів захисту, які, як буде показано далі, можуть формулювати як вимогу до іншої особи здійснити певні дії, так і утриматись від них.

У радянському правознавстві термін «спосіб захисту» було визначено як «сукупність правових засобів, які застосовуються до порушників законності та державної дисципліни іншої сторони або відповідним державним органом з метою відновлення порушеного права або інтересу» [31]. Однак з таким визначенням способу захисту прав не можна погодитися, оскільки воно є неповним. Так, не можна вважати, що підставою для застосування способів захисту прав є тільки порушення права, оскільки це призведе до обмеження можливості застосування адекватних способів захисту прав у разі, коли має місце посягання на це право, його невизнання або загроза його порушення.

На думку З. Ромовської, спосіб захисту може бути визначений як «концентрований вираз змісту (суті) міри державного примусу, за допомогою якого відбувається досягнення бажаного результату» [32, с. 494].

Деякі вчені визначають способи захисту прав суб'єктів господарювання, як передбачені законом засоби, які застосовуються відповідними державними органами чи суб'єктами господарювання самостійно, які направлені на припинення, попередження, усунення порушень права, його відновлення та / або відшкодування збитків, нанесених порушенням права [33, с. 641].

Н. Шевченко та А. Сергєєв вважають, що способами захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання є «закріплені законом матеріально-правові засоби примусового характеру, за допомогою яких здійснюється відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав та вплив на правопорушника» [34, с. 284].

У вищенаведених визначеннях способу захисту прав, виявляється одна спільна риса – використання при визначенні поняття «спосіб захисту» термінів «засіб» чи «заходи». Подібне використання є некоректним, оскільки ці поняття не тільки семантично нетотожні один одному, але і не узгоджуються з самою категорією «спосіб захисту» в якості його структурно-дефінітивних одиниць. У словнику С.І. Ожегова спосіб визначається як «дія або система дій, що застосовуються при виконанні будь-якої роботи, при здійсненні чого-небудь» [35, с. 658]. На підставі цього, спосіб захисту прав можна визначити як сукупність передбачених законом (або договором) дій, які здійснюються у внутрішньо узгодженій організаційній формі суб'єктами господарювання самостійно або компетентним органом державної влади, та за допомогою яких здійснюється захист прав та законних інтересів суб'єктів господарювання. Крім того, спосіб захисту за своїм змістом є категорією не процесуального, а матеріального права [36, С. 118].

Таким чином, під способами захисту прав суб'єктів господарювання слід розуміти сукупність передбачених законом, договором або таких, що не суперечать принципу верховенства права діянь уповноважених державних органів або суб'єктів господарювання, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень прав, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав, відшкодування збитків та здійснено вплив на правопорушника.

Ч. 2 ст. 20 Господарського кодексу України містить невичерпний перелік з 11 універсальних способів захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, серед яких: «визнання наявності або відсутності прав; «визнання повністю або частково недійсним актів органів державної влади та місцевого самоврядування», та інші способи, але із позначенням про те, що ці способи «передбачені законом».

Подібний перелік (з відмінностями, про які йтиметься далі) наведений і у ст. 16 Цивільного кодексу України, проте із вказівкою, що інші способи захисту можуть передбачатись і договором. Серед інших способів захисту прав

суб'єктів господарювання, передбачених законами, можна назвати, наприклад, отримання дозволу на узгоджені дії (ст. 10 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [37]), визнання незаконною бездіяльності органу державної влади (ст. 16 Цивільного кодексу України), визнання правочину дійсним (ст. ст. 219, 220, 221, 226 Цивільного кодексу України [38]) та інші.

Навіть поверхневий аналіз наведених способів захисту показує, що їх роль і значення неоднакові – кожен спосіб захисту прав суб'єктів господарювання має свої особливості та різну функціонально-цільову спрямованість, проявляється по різному в залежності від сфери використання, суб'єктного складу, характеру правопорушення, що має бути враховано особою, що зацікавлена у їх застосуванні, судом та іншими уповноваженими органами.

Тому нерідко проблематичним є вибір оптимального способу захисту порушеного права в певній ситуації, за допомогою якого можна запобігти, припинити, усунути порушення прав, відновити, а також компенсувати збитки, заподіяні їх порушенням. Помилкове визначення потрібних способів захисту позивачем призвело до поділу їх в доктрині та судовій практиці на «належні» та «неналежні».

Так, відповідно до Постанови Верховного Суду України від 20.03.2012 належні способи захисту – це способи, які «прямо передбачені законом або спеціальною нормою, аналіз якої дає змогу обрати такий спосіб захисту, який дає змогу забезпечити виконання її приписів» [39]. На противагу цьому, неналежним способом захисту визнавався такий, що не відповідає характеру порушення, або такий, що не передбачений договором або законом. Наприклад, у п. 10 Постанови Пленуму ВСУ від 24.10.2008 №13 зазначено: «Судам при вирішенні корпоративних спорів необхідно звернути увагу на неможливість застосування таких способів захисту прав та законних інтересів осіб, не передбачених чинним законодавством, зокрема статтею 16 ЦК та статтею 20 ГК, та не впливають із положень законодавства... «Звернути увагу судів на те, що чинне законодавство не передбачає також можливості подання до

господарського суду позову з вимогою щодо зміни судом місця проведення загальних зборів господарського товариства» [40].

У п. 3 інформаційного листа ВГСУ від 25. 11. 2005 № 01-8/2229 підкреслено, що «дійшовши висновку, що предмет позову не відповідає встановленим законом або договором способам захисту прав, суд повинен відмовити у позові, а не припиняти провадження по справі за її непідвідомчістю суду» [41]. Така ж позиція викладена в Постановах ВСУ від 13.07.2004 № 10/732 [42], від 14.12.2004 № 6/11 [43], п. 14 Інформаційного листа ВГСУ від 11.04.2005 № 01-8/344 [44] та багатьох інших. Таким чином, невірне визначення способу захисту чи зазначення такого, що не міститься в законі, унеможливлювало отримання захисту в судовому порядку попри наявність порушення прав та законних інтересів.

Поміж цим, аналіз наявної судової практики свідчить, що передбачених чинним законодавством способів захисту не вистачає для повного та всебічного захисту прав суб'єктів господарювання.

Відсутність прямого законодавчого закріплення всіх необхідних та можливих способів захисту прав суб'єктів господарювання є наслідком того, що законодавство не встигає за відносинами, які швидко розвиваються. Неможливо передбачити в законодавстві всі необхідні способи захисту прав суб'єктів господарювання, оперативно забезпечити закріплення способів захисту прав в законах, оскільки процедура внесення змін до законодавчих актів є доволі тривалою. Так само, як неможливо прийняти закони без прогалин. Досить важко передбачити всі можливі відносини та ситуації, що можуть виникнути, деякі з них взагалі можуть бути унікальними та поодинокими, а внесення змін до законів, що будуть передбачати спосіб захисту лише для декількох справ не має сенсу [45, С. 307]. Разом з тим, ефективний захист прав та інтересів суб'єктів господарювання не може бути покладений в залежність лише від якості та швидкості правового регулювання чи зарегулювання спірних правовідносин, що є типовим для країн з позитивістським підходом до розуміння права.

У поодиноких постановках ВГСУ була висловлена альтернативна позиція судових колегій: у разі коли позовні вимоги не відповідають матеріально-правовим способам захисту або обраний особою, яка звернулася з позовом, спосіб захисту не приводить до поновлення її порушеного права, але при розгляді спору встановлений факт порушення прав цієї особи (позивача), то суд має сам визначити належний спосіб судового захисту і ухвалити відповідне рішення щодо захисту порушеного права [46]. Однак, вона не набула поширення, перетворивши суд на спостерігача щодо таких прогалин, дозволивши йому не вирішуючи спір по суті, а користуючись обмеженістю способів захисту порушеного права передбачених ст. 20 ГК України та ст. 16 ЦК України, уникати вирішення конфлікту [47]. Виправдання неможливості віднайти ефективний судовий захист пов'язувалось із відсутністю правових підстав та неузгодженістю з закріпленими у процесуальних кодексах принципами здійснення судочинства.

Проте, сучасні економічні реалії вимагають оперативного реагування суду, у першу чергу, на порушення умов та правил господарювання – через невичерпність та неоднозначність у формулюваннях способів захисту, визначених у законі, господарські суди мають гнучко, у відповідності з призначенням судового розгляду тлумачити норми законодавства про встановлення способів захисту порушеного права [48, с. 31-32]. Вирішення проблеми було запропоновано новою редакцією ГПК України від 03.10.2017, відповідно до якої якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону [49, ч. 2 ст. 5].

Попри привабливість цієї позиції для позивача і розширення права суду на власний розсуд вирішувати питання вірного вибору способу захисту, зазначені положення лише частково здатні подолати існуючі проблеми, одночасно продукуючи нові: яким чином визначати межі для суду при визначенні нових способів захисту та чи не означатиме вказівка, що новий

(інший) спосіб захисту має бути таким, що «не суперечить закону», повернення до обмеженого трактування переліку способів захисту – як таких, що чітко містяться в законодавчих актах.

1.2. Співвідношення способів захисту з іншими елементами захисту прав суб'єктів господарювання

Захист прав суб'єктів господарювання здійснюється із використанням не лише належної форми, але й засобів і способів захисту. Їх сукупність представляє собою динамічну систему, набір елементів якої різниться в залежності від характеру правовідносин, на захист яких вони спрямовуються. Разом з тим, аби визначити суть та значення способів захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав серед інших елементів захисту, слід визначити як вони співвідносяться із такими поняттями як «засіб захисту» та «форма захисту».

У п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 № 13 було звернено увагу суддів на неможливість застосування способів захисту прав та інтересів, не передбачених законодавством [40]. На відміну від способів захисту прав, засоби захисту мають ширші межі застосування за національним законодавством України, оскільки згідно з ч. 5 ст. 55 Конституції України, кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Іншими словами, положення Конституції України дають можливість застосовувати також засоби захисту, які не передбачені законом, але і не заборонені ним. Зокрема, у ч. 4 ст. 55 Конституції України передбачено, що «кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна».

У зв'язку з цим цілком зрозумілими видаються пропозиції окремих авторів внести зміни до ч. 4 ст. 55 Конституції України, виклавши її в такій редакції: «Кожен має право будь-якими не забороненими законом способами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [50, с. 5]. На думку І. Ромащенко, якщо в певному розумінні способи та засоби захисту прав є тотожними, то положення викладені у ст. 55 Конституції України, можуть стосуватися і відносин, пов'язаних із використанням способів захисту прав [51, с.22].

В окремих наукових працях так само важко віднайти різницю між способами та засобами, особливо коли сам термін «спосіб» пояснюється через «засіб». Зокрема, В.В. Вітрянський способи захисту цивільних прав визначає як «передбачені законодавством засоби, за допомогою яких можуть бути досягнуті припинення, попередження, усунення порушень права, його відновлення та (або) компенсація втрат, викликаних порушенням права» [52, с. 776].

Термін «засіб» в юриспруденції розглядають у широкому і вузькому сенсі. У широкому сенсі засіб або правовий засіб може охоплювати, на думку деяких авторів, деякі правові інститути (договір, відповідальність) [53, с. 15-20], а також галузеві методи реалізації законодавчих установлень. У вузькому сенсі засіб представляє певний інструмент, використання якого спрямоване на досягнення певного правового результату. Здається, що в аспекті захисту суб'єктивних прав суб'єктами господарювання засіб слід розглядати у вузькому сенсі. Зміст засобів захисту права складає вимога процедурно-процесуального та (або) матеріально-правового характеру.

Засіб захисту прав не слід ототожнювати зі способом захисту. Д.М. Чечот проводить чітку межу між формою захисту, способом і засобом захисту права. Так, в рамках судової форми захисту автор в якості засобу захисту суб'єктивного права обґрунтовано розглядає позов [54, с. 68-69]. Слід погодитися із загальною ідеєю Д.М. Чечота про те, що засіб захисту є необхідним атрибутом для використання, як форми захисту, так і конкретного

способу. Навряд чи можна говорити про дієвість юрисдикційної форми захисту (судовий порядок) та реалізації в рамках даної форми такого способу захисту як визнання права, якби закон не надав уповноваженій особі засіб захисту, а саме – позов.

На думку В. Савватаєва, «на відміну від способів засоби захисту носять не матеріально-правовий, а процесуальний і процедурний характер; співвідношення засобів і способів захисту прав виявляється в тому, що способи захисту – це ті заходи, за допомогою яких здійснюється примусова реалізація суб'єктивних прав, тоді як засоби захисту являють собою заходи, через які приводяться в дію способи захисту» [55, с. 92].

З точки зору А. Павлова, поняття «засоби захисту» відносно застосовується стосовно юрисдикційних форм захисту і становить дії щодо реалізації моделі (варіанта) правового впливу, закріпленої тим чи іншим чином [56, с. 21].

О. Бігняк поділяє засоби захисту на декілька груп:

- «- засоби, вживані при судовій формі захисту (позовна заява, заява, скарга, судові акти, накази та ін.);
- засоби, вживані при адміністративній формі захисту (заява, скарга, пропозиція, виконавчий припис нотаріуса, рішення органів державної влади і органів місцевого самоврядування, прийняті по зверненням громадян та ін.);
- засоби, вживані при самозахисті (утримання майна, заява про відмову виконання обов'язку та ін.)» [57, с. 47].

Зустрічається у науковій літературі і підхід, за яким засоби захисту розглядаються у вузькому та широкому смислі. У вузькому – засоби захисту тотожні способам захисту, а в широкому – засоби захисту охоплюють також охоронні та регулятивні норми, спрямовані на захист суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів [58, с. 66]. В Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.04.1950 (ст. 13) передбачається, що кожен, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо

таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження. Отже, передбачається можливість надати заявникові такі заходи правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по суті скарги на порушення положень Конвенції й надавати відповідний судовий захист, хоча держави – учасники Конвенції мають деяку свободу розсуду щодо того, яким чином вони забезпечують при цьому виконання своїх зобов'язань [59].

На думку Притики Ю.Д., вдалу концепцію розмежування термінів «засіб» та «спосіб» запропонував Вершинін О.П. «Засіб» захисту він визначив як дію, що здійснюється шляхом волевиявлення (вимоги) заінтересованої особи про необхідність здійснення захисту, яке адресовано іншим суб'єктам [60, с. 17]. У той же час, однією з істотних характеристик способу захисту як правової категорії є його цільова спрямованість. Як складовий елемент механізму захисту прав, спосіб захисту повинен, перш за все, забезпечувати можливість досягнення мети захисту [56, с. 17].

Особливість інституту способів захисту прав полягає у тому, що він знаходиться на стику матеріального й процесуального права [61, с. 40]. Матеріальні та процесуальні норми, які регулюють способи, форми та порядок захисту, мають єдину мету – забезпечити повний, всебічний, швидкий захист права і становлять єдиний комплексний інститут правового захисту [62, с. 216-218].

М.М. Малєїна під засобами захисту розуміє «позови, скарги, тобто дії, шляхом яких зацікавлені особи вимагають здійснення заходів захисту від інших суб'єктів». Поняття «способи» та «заходи» захисту вона розглядає як тотожні, «оскільки вони спрямовані безпосередньо на захист права» [63, с. 40]. З таким ототожненням важко погодитися, оскільки способи захисту – це сукупність заходів, за допомогою яких здійснюється захист прав.

Юридичні засоби забезпечення інтересів, як підкреслює Г.Ф. Шершеневич, передбачають саме наявність волі, яка здатна встояти перед погрозою і стриматися від порушення» [64, с. 639]. У цьому випадку засоби

прирівнюються до норм, оскільки саме наявність охоронних та регулятивних норм стримує особу від правопорушень. Аналогічною є позиція О.О. Юрченка, який відносить до засобів захисту всі норми права, які є реакцією на конкретні «перепони», що стоять між метою та результатом. На його думку поняття «засіб захисту» є більш об'ємним, ніж «спосіб захисту», оскільки як такі засоби виступають норми та принципи права, правозастосовні акти, договори, юридичні факти, суб'єктивні права, охоронювані законом інтереси, юридичні обов'язки, заборони, засоби заохочення, міри відповідальності тощо. «Засоби захисту» – це не тільки законодавчо закріплені дії, за допомогою яких реалізується право на захист, це і самі правоохоронні та регулятивні норми, тобто це і положення, і технологія задоволення інтересів суб'єктів права. До перших можна віднести охоронювані законом інтереси, обов'язки, пільги, заборони, заохочення, відповідальність тощо, до других – засоби-діяння, способи захисту, спрямовані на використання перших [65, с. 65].

«Спосіб» у довідковій літературі визначають, зокрема, як дію або систему дій, що вчиняються при виконанні роботи чи провадженні діяльності, то «засіб» (рос. – «средство») характеризується більшою кількістю значень, оскільки поняття засобу означає або певний прийом, спосіб дії для досягнення чогось, або знаряддя (предмет, сукупність пристроїв) для здійснення певної діяльності [66, с. 674, 676]. Як зазначає О. Малько, категорія правового засобу пов'язує ідеальне (мета) з реальним (результат), включаючи одночасно як фрагменти ідеального – інструменти (засоби-встановлювання), так і фрагменти реального – технологію (засоби-діяння). Загалом під правовими засобами вчений розуміє правові явища, що виражаються в інструментах (встановленнях) та діяннях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, що забезпечують досягнення соціально-корисних цілей [67, с. 360]. В окреслених випадках засіб, на відміну від способу, має подвійне значення, оскільки розглядається, з одного боку, як вияв певної поведінки (діяння, технологія), а з другого – як знаряддя (інструмент, пристрій). Засіб, за таких обставин виступає одночасно і об'єктом впливу, і дією, а спосіб – лише дією [68, с. 66-78].

Зустрічається термінологічна плутанина у публіцистичних джерелах і в частині ототожнення «засобів захисту» із «формами захисту». Так, О. Кармаза, досліджуючи засоби та способи захисту прав суб'єктів житлових відносин, наголошує на існуванні юрисдикційних та неюрисдикційних засобів захисту житлових прав громадян. До перших авторка відносить діяльність уповноважених державою органів та посадових осіб щодо захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних житлових прав (суд, прокуратура, органи виконавчої влади тощо), а також захист суб'єктивного права від можливих посягань (нотаріат). Неюрисдикційні засоби – це діяльність фізичних осіб із захисту прав та охоронюваних законом інтересів, яка здійснюється ними самостійно, без звернення за допомогою до компетентних органів [69, с. 155].

Разом з тим, висловлена позиція є необґрунтованою, оскільки, замість визначення у рамках цієї класифікації особливостей вживаних засобів захисту, зміщується акцент на порядку їх здійснення та перелік осіб, уповноважених приймати рішення щодо конфлікту або про самостійне застосування конкретних способів та засобів захисту.

У свою чергу, поділ на юрисдикційні та неюрисдикційні у доктрині застосовується стосовно форм захисту. Практика свідчить, що для поновлення своїх прав активно використовують саме ці дві форми захисту [70, с. 59]. ЦК України у гл. 3 перелічує суб'єктів, уповноважених здійснювати захист цивільних прав та інтересів. Так, відповідно до ст. 17 він здійснюється Президентом України, органами державної влади (судовими та адміністративними-примітка В. П.), органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування, а ст. 18 додає захист прав нотаріусом. Усі ці форми захисту відносять до юрисдикційних, оскільки зазначені юридичні та фізичні особи уповноважені державою на здійснення захисту у встановленому законом порядку і межах. До цього переліку слід віднести і третейські суди, які згідно із Законом України «Про третейські суди», компетентні розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин (за певним винятком) [71]. Відповідно,

неюрисдикційна форма захисту обмежується здійсненням самозахисту зацікавленою особою – ст. 19 ЦК України.

У науковій літературі існує певна розбіжність думок стосовно визначення поняття «форма захисту» порушеного права. Так, одні автори вважають, що форма визначає порядок діяльності юрисдикційних органів, які не є учасниками спірних правовідносин відносно здійснення заходів щодо захисту прав [72, с. 12]. Інші ж дослідники тлумачать поняття «форма» захисту значно ширше: до складу поняття «форма захисту», на їх думку, входить і порядок здійснення дій щодо захисту прав самих учасників спірних правовідносин без звернення до юрисдикційних органів, а саму форму захисту вони визначають як комплекс узгоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав, що протікають у рамках єдиного правового режиму [73, с. 9].

Разом з тим, є науковці, які не виділяють поняття форми захисту прав (наприклад, Б.Н. Гонгалло, Т.Н. Ілларіонова [74, с. 188]).

Форму захисту права в науці прийнято визначати за допомогою категорій «порядок», «процедура», тобто, форми захисту – це такі процесуальні форми, які забезпечують реалізацію права на захист. Так, ряд вчених визначають форму захисту як «певний порядок захисту прав та інтересів, здійснюваний тим чи іншим юрисдикційним органом залежно від його природи» [75, с. 12], інші – як вплив, заснований на праві чи договорі, що протікає або в рамках правової процедури або без неї, спрямований на попередження, припинення порушення прав та їх відновлення, здійснюваний спеціальним юрисдикційним органом, або самим правовласником.

М.К. Треушніков пропонує під формою захисту права розуміти визначену законом діяльність компетентних органів з захисту права, тобто з встановлення фактичних обставин, застосування норм права, визначення способу захисту права й винесення рішення [76, с. 20], проте при такому визначенні поза увагою залишається захист прав, який здійснюється суб'єктами господарювання самостійно, без звернення до компетентних органів.

М.І. Брагинський не розрізняє поняття «форма» і «спосіб» захисту, зазначаючи, що допускається і такий спосіб захисту прав, як звернення до відповідного органу, наділеного владною компетенцією [77, с. 20]. О. Котик вважає, що з такою точкою зору важко погодитися, оскільки «звернення до компетентного органу, безумовно, є способом захисту, але такі дії реалізуються у адміністративно-правовій формі» [78, с. 72].

Найбільш вдалим уявляється визначення форми захисту прав як механізму реалізації охоронних норм права за допомогою використання певних засобів та способів захисту прав, оскільки ним можуть бути охоплені і юрисдикційна, і неюрисдикційні форми [79, с. 17].

З наведеного можна прийти до висновку, що форму захисту як певну організаційно та процедурно упорядковану систему наповнюють змістом способи захисту, які формулюють суть вимоги зацікавленої особи, а ініціюють або втілюють у життя передбачені законодавством засоби-інструменти – позовні заяви, заяви, скарги тощо. І це можна простежити на прикладі будь-якої форми захисту. В. Швець, наприклад, процесуальний зміст права на судовий захист суб'єктів господарювання умовно поділяє на наступні елементи: 1) перший елемент – звернення суб'єкта господарювання до суду з вимогами про захист порушених прав та оспорюваних інтересів; 2) другий елемент – користування усіма процесуальними правами під час розгляду справи судом, які гарантовані відповідно до процесуального законодавства; 3) третій елемент – оскарження судового рішення до апеляційної та касаційної інстанції; 4) четвертий елемент – виконання судового рішення [80, с. 223]. Звернення до суду здійснюється на підставі поданої позовної заяви (засіб захисту), в якій сформульовані вимоги (спосіб захисту). Порядок подання, розгляду спору, встановлення процесуальних прав учасників процесу, винесення рішення в цілому характеризують форму захисту. Далі оскарження ініціюється за допомогою такого засобу як скарга (апеляційна чи касаційна), а виконання – заяви.

Проте слід наголосити, що ані ЦК України у ст. 16, ані ГК України у ст. 20 не містять імперативних приписів щодо використання конкретних способів захисту у рамках судової (чи юрисдикційної) та неюрисдикційної форм захисту. Такі приписи, скоріше, знаходимо аналізуючи особливості окремих способів захисту, наприклад, у положеннях Розділу V ГК України «Відповідальність за правопорушення у сфері господарювання», в окремих главах якого характеризуються ознаки, порядок встановлення та застосування штрафних, оперативно-господарських, адміністративно-господарських санкцій та відшкодування шкоди. Так, положення Глави 26 свідчать про право суб'єкта господарювання як у судовому, так і у позасудовому порядку (самозахист) вдатися до такого способу захисту як стягнення штрафних санкцій, проте, якщо штрафні санкції за порушення господарських зобов'язань у передбачених законом випадках підлягають стягненню у дохід держави, такий спосіб захисту реалізується у рамках судової форми захисту (ч. 7 ст. 232 ГК України). Так само, виходячи з приписів ч. 1 ст. 238 ГК України стає зрозумілим неможливість застосування адміністративно-господарських санкцій у порядку самозахисту, оскільки цей спосіб захисту застосовується за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання виключно уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування.

Цікавим в цьому контексті є дослідження О.А. Беляневич щодо розмежування самозахисту та застосування оперативно-господарських санкцій. Авторка зазначає, що те, що оперативно-господарські санкції застосовуються управненою стороною в односторонньому порядку. Це не дає однозначних підстав говорити про те, що вони виступають різновидом самозахисту прав суб'єктів господарювання. Уявляється, що в цьому випадку має місце скоріше термінологічний збіг, адже і самозахист і застосування в односторонньому порядку оперативних санкцій здійснюється правомочною стороною одноособово. Водночас слід враховувати, що, на відміну від самозахисту, в господарських договірних відносинах можуть застосовуватися лише узгоджені

сторонами в договорі або передбачені законодавством оперативно-господарські санкції і лише за конкретні, визначені сторонами в договорі порушення. Поза цими межами правомочною стороною такого роду санкції довільно обиратися не можуть [81, с. 66-67].

Разом з тим, хоча застосування оперативно-господарських санкцій у ст. 20 ГК України не прив'язане до конкретної форми захисту, проте їх особливості – вжиття у разі їх передбачення у договорі до протилежної сторони-порушника, а не уповноваженими органами чи судом, – як раз вказує на можливість їх застосування самою особою в порядку самозахисту. Аргументи на користь цієї позиції містяться безпосередньо у ст. 19 ЦК України, у якій зазначено, що: (а) самозахист передбачає «застосування особою засобів протидії», а це можуть бути будь-які як юридичні, в т.ч. способи захисту, так і фактичні дії, оскільки обмеження за їх характером відсутні [82, с. 142-145]; (б) способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства. Тому попередня узгодженість сторонами цієї дії аж ніяк не змінює або спростовує її основної спрямованості – бути застосованою на користь сторони, чиї права та інтереси за договором не забезпечуються своєчасно та належним чином через порушення протилежною стороною своїх зобов'язань.

З наведеного обґрунтовано впливає така особливість способів захисту як їх процедурно-процесуальний характер застосування. У межах юрисдикційних форм захисту вона не викликає заперечень, бо порядок звернення до уповноважених судових чи адміністративних органів для вжиття матеріальних способів захисту, правила розгляду таких вимог та ухвалення рішення (в частині строків, форми та ін.) у нормативних актах чітко передбачений. Запитання стосовно цієї особливості скоріше можуть виникати стосовно застосування способів захисту у неюрисдикційних формах і зумовлені вони здебільшого відсутністю чіткого розуміння складу «засобів протидії», які охоплюються ст. 19 ЦК України для характеристики самозахисту.

Як вірно вказує І.В. Солод, «самозахист суб'єктом господарювання своїх прав та інтересів передбачає застосування суб'єктом господарювання спрямованих на забезпечення дотримання прав та законних інтересів суб'єкта господарювання будь-яких способів, засобів, мір та заходів, прямо передбачених чи не заборонених законом та таких, що не суперечать усталеній судовій практиці, моральним засадам суспільства та правилам ділового обороту, або утримання від застосування таких» [83, с. 381]. Тобто, в рамках самозахисту суб'єктом господарювання можуть застосовуватися як власне способи захисту (оперативно-господарські санкції, як правило), так і інші правомірні дії, що мають охоронно-захисне значення (дії особи в стані необхідності оборони і крайньої необхідності, притримання, страхування інвестицій тощо), проте чіткий процедурний характер у такому разі властивий саме способам самозахисту. О. Хрімлі дуже вдало використовує для характеристики цієї форми захисту термін «законодавчо-договірна», який як раз підкреслює, що її порядок застосування встановлюється законодавством, проте застосовується вона особою у тому разі, коли це передбачено домовленістю сторін [84, с. 63]. Тобто, в інший спосіб, оминаючи порядок, виписаний у договорі, застосувати, наприклад, оперативно-господарські санкції неможливо: ст. 237 ГК України встановлює підстави для застосування цих способів захисту, містить вказівку на необов'язковість попереднього пред'явлення претензії порушнику зобов'язання та уточнює, що порядок застосування сторонами конкретних оперативно-господарських санкцій визначається договором, що іще раз доводить, що потрібним є дотримання певної процедури аби реалізувати цей спосіб захисту в рамках самозахисту.

Таким чином, під засобом захисту прав слід розуміти певний інструмент, використання якого спрямоване на реалізацію способів захисту, а під формою захисту прав – порядок здійснення дій щодо реалізації права на захист. Способи захисту з іншими елементами захисту прав суб'єктів господарювання, а саме з засобами і формами захисту, перебувають у тісному взаємозв'язку і взаємодії та разом складають механізм правового регулювання захисту прав. Кожна частина

(елемент) механізму правового регулювання захисту знаходиться на своєму місці і виконує специфічні функції. Обрання належного способу та засобу захисту зацікавленою особою залежить від характеру та змісту спірних правовідносин та обраної ним форми захисту.

1.3. Встановлення та застосування способів захисту прав суб'єктів господарювання у зарубіжних країнах

В Україні в силу вимог ст. 19 Конституції України суд може застосувати лише такий спосіб захисту, що передбачений законом, на відміну від Англії, в якій способи захисту застосовуються за розсудом суду.

Серед важливих досягнень англійського суду в області формування права справедливості називають особливі способи судового реагування та захисту суб'єктів господарювання. Загальному праву Англії вони невідомі. До найбільш важливих з переліку передбачених в праві справедливості способів судового захисту відносяться: судові заборони, виконання в натурі, ректифікація, анулювання. В загальному праві найбільш типовим способом судового захисту порушених прав позивача визнавалася грошова форма відшкодування збитків, завданих відповідачем. Тому згідно вимог загального права грошова компенсація повинна застосовуватися судами навіть в тих випадках, коли вона не цілком влаштовує позивача. Найбільш важливою рисою способів судового захисту за правом справедливості можна визнати їх застосування за розсудом суду. Це означає, що в загальному праві, відшкодування шкоди – право позивача, який виграв справу, і суд не може проігнорувати це право. В праві справедливості все відбувається по-іншому. Відповідний спосіб судового захисту за позовом сторони, нехай навіть що виграла справу, може бути й не застосований, тобто все залежить від розсуду суду. Розглянемо більш детально найбільш важливі заходи судового захисту в праві справедливості.

Судові заборони – це розпорядження суду, якими відповідна особа або орган зобов’язується утриматися від здійснення певних дій або призупинити їх, якщо вони вже здійснюються.

Виконання в натурі представляє собою розпорядження суду, яким відповідач зобов’язується виконати ті обов’язки, які були їм взяті на себе по контракту або в порядку трасту. Перевага цього способу полягає в тому, що вона дозволяє через суд примусити відповідача виконати контракт та не дозволяє йому «відкупитися» від позивача, як це можливо, якщо справа буде розглядатися по правилам загального права.

Ректифікація, або усунення помилки, як спосіб судового захисту в праві справедливості представляє собою по суті дозвіл суду внести відповідні поправки до того чи іншого документу для встановлення відповідності із дійсними намірами сторін – учасників документа. Передумовою цьому може виступити неуважність, помилки або навіть обман, коли підписані позивачем документи містять неточності чи помилки.

Анулювання представляє собою офіційне підтвердження відмови від угоди (зазвичай від контракту) та передбачає відновлення первісного стану сторін. Для того щоб відмовитися від контракту, не вимагається обов’язково вдаватися до судової процедури в юрисдикції права справедливості. Необхідно лише повідомити іншу сторону, і, якщо вона не заперечує, контракт вважається розірваним [85, с. 108-110].

Таким чином, застосування способів захисту багато у чому в Англії залежить від правосвідомості судді, а не від писаних норм права.

Законодавство США надає правовласникам достатньо широкий спектр правових засобів і методів захисту порушених прав. Законодавство США виділяє цивільно-правові та кримінально-правові способи захисту. Найбільш розповсюдженими є цивільно-правові способи захисту. Серед цивільно-правових способів захисту законодавство США виділяє наступні:

1. Судова заборона;
2. Відшкодування збитків;

3. Реституція;
4. Судовий примус виконати певну дію.

Реституція – примушення відповідача повернути позивачу всі вигоди, отримані у результаті делікту (порушення права) [86, с. 334].

Судова заборона може бути ухвалена на будь-якій стадії судового розгляду і навіть до його початку. За своїм змістом та направленістю судова заборона являє собою аналог заходів по забезпеченню позову. Заборона може носити тимчасовий або попередній характер, а також виступати в якості постійного та остаточного заходу захисту, при цьому сфера його дії поширюється на всю територію США. Однак судова заборона звичайно використовується в якості забезпечувального заходу захисту порушеного права, оскільки його видача, як правило, не вичерпує весь спектр правових засобів захисту при вирішенні справи по суті. Навіть у випадку витребування постійної (остаточної) судової заборони позов у більшості випадків супроводжується вимогою про стягнення з відповідача завданих збитків:

- Стягнення з винної сторони реальних збитків;
- Стягнення встановлених законом збитків;
- Стягнення отриманого порушником прибутку;
- Відшкодування судових витрат.

Законодавство США виділяє три види збитків: реальні збитки, отриманий порушником прибуток та встановлені законом збитки. Позивач має право на власний розсуд, а не на розсуд суду, вимагати відшкодування реальних збитків та отриманого відповідачем прибутку, розмір яких підлягає доказуванню, або обмежитися стягненням встановлених законом збитків, не обтяжуючи себе обґрунтуванням масштабів завданих збитків [87, с. 53-55].

Як видно з наведеного переліку, більша частина способів захисту прав суб'єктів господарювання зводиться до відшкодування збитків (в широкому значенні слова), спричинених внаслідок порушення прав. Вказана обставина відповідає загальній тенденції англосаксонської системи права, згідно якої обов'язком боржника по відношенню до кредитора є не стільки здійснення

певних дій (наприклад, виконання зобов'язання в натурі), скільки відшкодування збитків кредитор у випадку його невиконання.

Поняття способу захисту в Російській Федерації законодавчо не закріплено. В юридичній літературі Російської Федерації під способами захисту прав розуміють закріплені законом матеріально-правові та процесуальні заходи примусового характеру, за допомогою яких здійснюється відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав та здійснюється вплив на правопорушника. Вибір способу захисту суб'єктами підприємницької діяльності залежить від специфіки права, що захищається та характеру порушення [88, с. 61, 65].

Сучасна російська модель комерційного права в науковому плані не відокремлена від цивільного права. Тому в літературі складно знайти посилання на виокремлений характер способів захисту підприємців.

Конституція Російської Федерації та Цивільний кодекс Російської Федерації передбачають формально широкий перелік способів захисту прав, причому даний перелік не є вичерпним [89, с. 61]. У статті 12 Цивільного кодексу Російської Федерації перераховані способи захисту цивільних прав, які поширюються на сферу підприємницької – по суті господарської – діяльності, серед яких: визнання права; відновлення становища, яке існувало до порушення права, та інші традиційні для радянської цивілістики способи захисту [90]. Крім того, що способи захисту прав перераховані в статті 12 Цивільного кодексу Російської Федерації, багатьом з таких способів присвячено ще ряд відповідних статей Цивільного кодексу Російської Федерації.

Однак, на думку А.П.Сергєєва, даний перелік навряд чи можна назвати науково обґрунтованим, в зв'язку з тим, що деякі з вказаних в ньому способів взаємно перекривають один одного, а форма захисту (самозахист) визнана одним із способів. Цієї ж позиції дотримується Н.Ю. Кравцов [91, с. 187].

У цьому контексті положення законодавства Російської Федерації істотно відстають від положень права України, зосереджуючись на традиційному радянському підході до обмеження обсягу способів захисту законом. Зокрема,

закон допускає застосування і таких способів захисту прав, які не перераховані в ст. 12 Цивільного кодексу Російської Федерації, але передбачені законами.

Ці способи знаходять конкретизацію в нормах різних інститутах цивільного та підприємницького права. Судді у Російській Федерації по суті позбавлені свободи у визначенні способів захисту, не передбачених законом. Це типово нормативіський погляд на правову дійсність, яка притаманна тоталітарним державам.

Звертає на себе увагу, що юридичний захист прав підприємців в Російській Федерації далеко не ідеальний та відстає від сучасних потреб. Серед іншого про це свідчать заангажовані рішення судів щодо окремих підприємців, які не підтримують чинну владу, а також до українських підприємств в тимчасово окупованій Автономній Республіці Крим, що є загальновідомим.

У Німеччині інтереси суб'єктів господарювання захищають ряд законів та правових актів. До них, перш за все, відноситься – основний закон Німеччини – Конституція від 23.05.1949, Німецьке цивільне уложення, яке в сучасній літературі також називають Німецьким цивільним кодексом, який був прийнятий у 1896 році, вступив в дію з 1 січня 1900 р., та Німецьке торгове уложення (або як його ще називають Німецький торговий (комерційний) кодекс), який був прийнятий у 1897 році, вступив в дію з 1 січня 1900 р. У ФРН діє єдиний Цивільний процесуальний кодекс, відповідно до якого правосуддя здійснюється як по цивільним, так і по господарським справам.

Способи захисту прав підприємців визначені в Німецькому цивільному уложенні та застосовуються з врахуванням вимог Німецького торгового уложення. До них, зокрема, належать:

- 1) Примусове виконання зобов'язання, в тому числі: припинення дій, які порушують право; примус до виконання зобов'язання в натурі; відновлення положення, що існувало до порушення права;
- 2) Грошова компенсація, в тому числі: стягнення збитків, процентів, реституції, неустойки;
- 3) Визнання прав;

- 4) Визнання дійсності або недійсності угоди;
- 5) Припинення або зміна правовідносин;
- 6) Грошове покарання на користь потерпілої сторони: воно полягає в грошовій втраті або грошовому позбавленні для винної сторони;
- 7) Тимчасові судові запобіжні заходи: ордер на затримання майна; ордер на затримання боржника; примус вчинити певні дії; примус утриматися від повних дій [86, с. 390].

Захист прав підприємців в Німеччині здійснюється у двох формах: 1) з використанням досудового порядку врегулювання спорів; 2) за допомогою застосування судової процедури для захисту порушених прав. Різні способи досудового порядку врегулювання економічних спорів та корпоративних конфліктів охоплюються загальним поняттям «альтернативні способи вирішення конфліктів». До таких способів відносяться: розгляд спорів третейськими судами, нотаріальний захист прав, самозахист прав, посередництво у врегулюванні розбіжностей, досудові примирні процедури [88, с. 96-97].

В ст. 11 Цивільного кодексу Республіки Молдова йдеться, по суті, про аналогічний перелік способів захисту, що демонструє зв'язок із радянською системою права. Виділяються визнання права та відновлення становища, яке існувало до порушення права, і припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення; визнання угод недійсною недійсними та інші способи, передбачені законом [92]. Як і в Російській Федерації, даний перелік містить способи захисту, деякі із способів подекуди є співзамінними (наприклад, відшкодування збитків та відновлення порушеного права), ототожнюються форми захисту (самозахист) та способи захисту.

Отже, аналіз зарубіжних моделей захисту прав суб'єктів господарювання та інших суб'єктів доводить, що система способів захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання повинна забезпечувати кожному право на ефективний захист, а удосконалення цієї системи є одним із основних завдань для вирішення на шляху до модернізації господарського законодавства і

підвищення ефективності правового регулювання відносин у сфері господарювання.

Підсумовуючи загалом розділ 1 можна зауважити наступне.

В складних економічних та політичних умовах стабільність господарських відносин чи не найбільше залежить від налагодженого, ефективно діючого механізму захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання, що об'єднує в собі як правові, так і організаційні елементи.

Загалом, захист прав суб'єктів господарювання об'єднує сукупність взаємопов'язаних правових засобів, способів та форм, за допомогою яких, при необхідності, забезпечується відновлення, визнання порушених, оспорюваних чи невизнаних прав та законних інтересів суб'єктів господарювання, запобігання, усунення перешкод у здійсненні прав, притягнення правопорушників до відповідальності тощо.

Одним з основних змістовних елементів захисту виступають способи захисту прав суб'єктів господарювання, під якими слід розуміти сукупність передбачених законом, договором або таких, що не суперечать принципу верховенства права діянь уповноважених державних органів або суб'єктів господарювання, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень прав, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав, відшкодування збитків та здійснено вплив на правопорушника.

Відхід в ГПК України від обмеження переліку дозволених способів захисту законом чи договором зумовлює необхідність розробки системи критеріїв-умов обрання належного та ефективного способу захисту прав суб'єктів, якими має користуватися зацікавлена сторона та суд при обранні належного способу захисту. Таку систему становлять наступні умови-критерії:

- 1) відповідність способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням;
- 2) відповідність законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту;
- 3) доцільність та ефективність;
- 4) адекватність (співрозмірність,

еквівалентність) стосовно правопорушення; 5) наявність механізму реалізації (виконання); 6) недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів.

Способи захисту перебувають у тісному взаємозв'язку і взаємодії з іншими елементами захисту прав суб'єктів господарювання, а саме з засобами і формами захисту, та разом складають механізм правового регулювання захисту прав. Обрання належного способу та засобу захисту зацікавленою особою залежить від характеру та змісту спірних правовідносин та обраної ним форми захисту.

РОЗДІЛ 2. СИСТЕМА СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

2.1. Класифікація способів захисту прав суб'єктів господарювання

У правовій науці існують різні підстави класифікації способів захисту прав суб'єктів господарювання.

Класифікація (фр., англ. classification походить від лат. classis – клас і facio – роблю) – це система розподілення об'єктів (процесів, явищ) за класами (групами тощо) відповідно до визначених ознак [93].

Способи захисту прав в науці поділяють за декількома ознаками, але найбільш розповсюдженим є поділ в залежності від форми захисту, яка, як правило, співвідноситься з особою, яка уповноважена забезпечувати охорону [94, с. 81].

Д.М. Чечот виділяє форми захисту в залежності від природи юрисдикційного органу, який забезпечує захист, на судову, адміністративну, арбітражну, нотаріальну та громадську [95, с. 44-47]. Подібної позиції відносно видів форм захисту дотримується й Ю.К. Осипов, який виділяє державну (адміністративну, арбітражну та кооперативну), змішану (паритетну та спільну) та третейську форми захисту.

В.І. Тertiшніков та Р.В. Тertiшніков визнають існування судової, адміністративної та громадської форм захисту прав та інтересів [96]. З врахуванням вказаних форм захисту відповідно поділяють і способи захисту на: способи судового захисту, способи адміністративного захисту, способи громадського цивільного захисту та самозахист [97, с. 98-99].

В Україні, як і в інших країнах світу, створена система державних і недержавних органів, що здійснюють захист прав та інтересів суб'єктів господарювання. У зв'язку з цим можна виділити три групи органів захисту прав суб'єктів господарювання:

- адміністративні органи – тобто органи, які здійснюють адміністративно-юрисдикційні функції з охорони та захисту прав суб'єктів господарювання в межах спеціальних повноважень, наданих таким органам законом (прикладом таких органів є Міністерство юстиції України, Антимонопольний комітет України та інші органи);

- правоохоронні органи – органи, які сформовані державою з метою захисту прав та законних інтересів суб'єктів від незаконних посягань – запобігання, припинення та розслідування правопорушень (прикладом таких органів можуть бути прокуратура, поліція), а також органи, які надають юридичну допомогу (наприклад, адвокатура, нотаріат);

- судові органи – тобто органи, метою діяльності яких є всебічний, повний, об'єктивний розгляд справи та прийняття законного рішення по справі, яке відновлює права та законні інтереси господарюючих суб'єктів [98, с. 451].

О.В. Аушева у своїй монографії класифікує способи захисту прав суб'єктів господарювання за ступенем процесуальної забезпечуваності захисту на:

1. способи юрисдикційного захисту, які в свою чергу поділяються на:
 - способи судового захисту;
 - способи адміністративного захисту;
 - способи захисту органами прокуратури та іншими правоохоронними органами;
2. способи неюрисдикційного захисту, які в свою чергу поділяються на:
 - способи самозахисту;
 - способи громадського захисту [94, с. 83].

Кожен суб'єкт господарювання має право вільно обирати передбачений законом спосіб захисту прав. З одного боку, це активні безпосередні дії самих суб'єктів господарювання (так званий самозахист – застосування способів та засобів захисту управненим суб'єктом господарювання без втручання відповідних державних та інших органів), а також залучення органів, які будуть сприяти у такому захисті. Причому, варто наголосити, що окрім державних

органів, в Україні існують органи, які мають недержавний статус, проте здійснюють захист прав та інтересів суб'єктів господарювання (наприклад, третейські суди відповідно до положень Закону України «Про третейські суди»).

Г.Я. Стоякін в залежності від суб'єкта, уповноваженого на їх реалізацію, способи захисту прав поділяє на:

- а) способи, реалізація яких може здійснюватись власником прав без звернення до суду (самозахист прав, не юрисдикційні способи);
- б) способи, які можуть бути застосовані власником прав як самостійно, так і шляхом звернення до юрисдикційного органу;
- в) способи, реалізація яких може бути здійснена лише юрисдикційним органом (юрисдикційні способи) [99, с. 7-9].

Так, деякі із зазначених у ст. 20 ГК України способів захисту можуть застосовуватися лише судом (наприклад, визнання повністю або частково недійсним актів органів державної влади та місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, порушують права та законні інтереси суб'єкта господарювання або споживачів), інші ж можуть бути застосовані як судом, так і суб'єктом господарювання самостійно (наприклад, застосування штрафних санкцій). Адміністративно-господарські санкції застосовуються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування, а оперативно-господарські санкції застосовуються самостійно суб'єктом господарювання в односторонньому порядку [100, с. 46].

Подібною може виступити й наступна класифікація, відповідно до якої способи захисту розрізняють залежно від порядку їх застосування:

- а) способи, застосування яких можливе лише судом (визнання недійсним господарського договору з підстав, визначених у законі; оспорювання актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування);
- б) способи універсального застосування судом і державними органами або органами місцевого самоврядування, які здійснюють захист прав суб'єктів господарювання, у передбачених законом випадках;

в) способи застосування стороною правовідносин самостійно або за допомогою суду (стягнення неустойки, припинення договору та ін.);

г) способи, які уповноважена особа має право використовувати без звернення до суду шляхом певного впливу на поведінку правопорушника або його майнові активи (самозахист оперативно-господарські санкції, притримання тощо);

д) способи, із змістом яких є дії уповноваженої особи щодо односторонніх заходів впливу на боржника, які вчиняються без звернення до суду без участі суду (наприклад, відмова від продовження договору на майбутнє).

При виділенні зазначених класифікацій треба мати на увазі, що суть такого поділу полягає у розмежуванні можливості вчинення власних дій особою, наслідком застосування яких є досягнення відновлення прав і становища (в окремих випадках – за добровільного виконання порушником своїх обов’язків чи інших дій) від необхідності вимагати вчинення чужих дій у примусовому порядку (застосування примусових заходів щодо зобов’язаної особи). Відповідний примус може вбачатися у необхідності вчинити певні дії чи утриматись від них, у встановленні додаткових обов’язків тощо. Разом з тим, таку примусовість слід розглядати не як безумовну гарантію виконання рішення за допомогою державних чи приватних виконавців, а скоріше в контексті легалізації (встановлення або узаконення) певних прав чи обов’язків позивача, фіксації дій або обов’язків відповідача та спонукання до їх виконання.

З позиції процесуальної форми здійснення права на захист виділяють:

а) позовну форму захисту права, тобто здійснення права на захист прав шляхом пред’явлення позову до суду (до суду загальної юрисдикції, арбітражний суд, до третейського суду);

б) судовий захист права в порядку непозовного провадження, у тому числі у справах про банкрутство або у рамках наказного провадження;

в) адміністративний порядок захисту цивільних прав, тобто звернення уповноваженої особи за захистом порушеного права до органів державної влади, наділеним юрисдикційними повноваженнями [101].

Зауважимо, що окреслена класифікація не враховує досудового порядку врегулювання господарського спору, в рамках якого претензія із сформульованою у ній вимогою направляється особі-порушнику права. Подібний порядок застосування способів захисту охоплюється поняттям «процесуальна форма», виробленим у доктрині. Наприклад, С.В. Ківалов обґрунтовано зазначає, що процесуальною формою як різновидом правової форми доцільно назвати «зовнішній прояв (вияв) юридичних засобів, дій та операцій, які здійснюються уповноваженими особами (фізичними чи юридичними), спрямованими на реалізацію матеріальної норми» [102, с. 8].

Наведене визначення не обмежує існування процесуальної форми виключно рамками судової чи адміністративної діяльності, навпаки, обґрунтовує множинність альтернативних, позасудових можливостей вжиття способів захисту прав суб'єктів господарювання. Досудове врегулювання господарського спору тягне за собою виникнення господарських процесуальних відносин, врегульованих нормами процесуального права, залежить від принципів процесуального права та загалом створює правові наслідки та надає певні процесуальні гарантії учасникам процесу. Така думка поділяється і розробниками підручника з господарського процесуального права під редакцією О.П. Подцерковного, які досудове врегулювання розглядають у якості окремої форми провадження з господарських справ [103, с. 27-29].

В.М. Горшенєв зазначає, що «якщо юридичну справу розуміти широко – як певний результат, що прагне досягти особа, яка вчиняє юридично значущі дії, то категорію правової форми можна поширити не тільки на діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, як таких, що реалізують компетенцію, встановлену чинним законодавством, але й на діяльність суб'єктів, що не наділені владними повноваженнями, – фізичних та юридичних осіб». Маються на увазі випадки, коли вказані суб'єкти реалізують

дозвільний принцип правового регулювання, тобто діють так, як не заборонено законом, але у межах закону [104, с. 75-90]. Зміст претензії, порядок направлення та надання відповіді на претензію було детально врегульовано попередньою редакцією ГПК України; діюча редакція містить лише згадку про можливість вжиття сторонами заходів для досудового врегулювання спору (ст. 19 ГПК України).

Тому, мабуть, намагаючись уникнути додаткових запитань та уточнень, деякі автори поділяють способи захисту прав суб'єктів господарювання тільки на судові та несудові або на: судові (захист прав через суд) чи державні (захист прав через державні та правоохоронні органи) [105, с. 7-8]. Це, однак, не знімає дискусійності з питання, оскільки залишає за межею такого поділу способи захисту, які можуть бути реалізовані як в рамках судової форми, так і самозахисту, або не враховує способи захисту, які можуть використовуватися суб'єктом господарювання самостійно, не звертаючись до будь-яких органів влади.

На думку Д.Ю. Притики, диференціація способів захисту прав на матеріально-правові і процесуальні вказує на можливість реалізації засобів захисту «без звернення до юрисдикційних органів і закріплення в законі заходів, що можуть бути реалізовані лише юрисдикційними органами». У цьому разі «у суб'єкта відповідальності завжди є можливість у добровільному, а не в примусовому порядку здійснити дії, щодо відновлення порушених нею прав іншої особи. Матеріально-правові способи захисту прав – це дії суб'єктів матеріально-правових відносин, спрямовані на захист порушених прав. Вони передбачені охоронними нормами різних галузей права. До таких матеріально-правових способів варто віднести відшкодування збитків, відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів, деякі інші способи захисту». «Процесуальні способи захисту є діями юрисдикційних органів, спрямованих на захист порушених або оспорюваних прав. Зміст процесуальних способів захисту становлять процесуальні дії юрисдикційних органів, врегульовані процесуальним законодавством. Так, наприклад,

процесуальне законодавство детально регламентує форму, зміст, порядок винесення судових рішень». «Процесуальні способи захисту являють собою правозастосовні акти юрисдикційних органів, що реалізують поряд з процесуальними також матеріально-правові норми» [60, с. 18].

Є.П. Губін та П.Г. Лахно залежно від змісту юридичних дій теж виділяють як матеріально-правові, так і процесуальні способи захисту. Матеріально-правові способи захисту господарських прав – це способи дій щодо захисту прав відповідно до охоронних норм матеріального права. Матеріально-правові способи захисту прав різняться в залежності від умов, характеру, галузевої приналежності, виду прав, що захищаються, суб'єктного складу і т.д. Наприклад, по цілях матеріально-правові способи поділяються на запобіжні, відновлювальні та штрафні.

До запобіжних вказані автори віднесли способи захисту, що мають своїм змістом примусове припинення протиправних дій, якими завдано збитки (шкоду) або інші негативні наслідки, а також створюють загрозу таких наслідків. Це може бути, наприклад, визнання права. До відновлювальних належать способи, спрямовані на визнання за суб'єктом певних прав, а також на відновлення положення, що мало місце до порушення права. Відновними способами захисту прав суб'єктів господарювання, зокрема, вважати дії по: визнанню права; визнання недійсною господарської угоди і застосування наслідків її недійсності; присудження до виконання обов'язку в натурі; відшкодування збитків та ін. До штрафних належать способи, спрямовані на застосування проти порушника нормативно встановлених санкцій (заходів відповідальності) за протиправну поведінку. Серед цих способів захисту: стягнення неустойки, відсотків за користування чужими грошовими коштами; звернення незаконно отриманого за угодою в дохід держави; конфіскації і т.п. [106].

Процесуальні способи захисту цілком справедливо пов'язуються Є.П. Губиним та П.Г. Лахно із реалізацію законодавчо встановленої компетенції юрисдикційних органів у вигляді видання актів, що мають на меті

встановлення, визнання або підтвердження прав і юридично значимих фактів, а також відновлення порушених законних інтересів суб'єктів правовідносин. Процесуальні способи захисту прав різняться в залежності від цілей, характеру процесуальної діяльності, різновиди владних актів та форм юрисдикційних органів. Так, по цілях процесуальні способи захисту прав диференціюються на дії по визнанню прав, примусу до вчинення будь-яких дій і по перетворенню правовідносин [106].

В.Ф. Попондопуло та В.Ф. Яковлева способи захисту теж розмежовують на матеріально-правові та процесуальні, а останні підлягають більш дрібній класифікації за різноманітними критеріями: меті захисту, характеру процесуальної діяльності, видам власних актів, по юрисдикційним органам [107, с. 451].

Зустрічається у науковій літературі і поділ способів захисту на загальні (передбачені ЦК та ГК України), спеціальні (передбачені поточними спеціальними нормативними актами) та окремі (встановлені договорами) [108, с. 360]. Такий поділ обумовлюється особливостями спірних правовідносин та прав та обов'язків суб'єктів господарювання, що складають їхній зміст і на захист яких спрямовується конкретний спосіб захисту. Досліджуючи питання захисту прав інвесторів у сфері господарювання О. Хрімлі, до речі, так само наводить подібну класифікацію, виділяючи загальні (універсальні) та спеціальні способи захисту. У свою чергу спеціальні автор поділяє на законодавчі та договірні [5, с. 130].

Залежно від характеру наслідків застосування універсальних способів захисту, на думку В.В. Вітрянського, вони диференціюються на три групи: «способи, застосування яких дозволяє підтвердити (засвідчити) право, що захищається, або припинити (змінити) обов'язок»; «способи, застосування яких дозволяє попередити або припинити порушення права», і способи, застосування яких переслідує мета відновити порушене право і (або) компенсувати втрати, понесені у зв'язку з порушенням права» [109, с. 8-9]. Крім зазначених універсальних способів захисту, автор виділяє спеціальні способи захисту, що

призначені «... для обслуговування окремих видів цивільних прав», це – віндикаційний і негаторний позови, стягнення відсотків за користування чужими грошовими коштами та ін.

Універсальні способи захисту застосовуються у разі відновлення будь-якого майнового права, а тому у разі визначення правового результату як основи для класифікації способів захисту, то відповідні види способів захисту доцільно поділити на три наступні групи.

Перша група спрямована на підтвердження (засвідчення) права, що захищаються, або припинення обов'язку. Це – *правопідтверджувальні способи*. Для прикладу, саме такий результат властивий таким способам захисту, як визнання оспорюваного права, примус до виконання обов'язку в натурі; спростування акту органу державного влади або органу місцевого самоврядування, що суперечить закону тощо. Всі вказані різноманітні способи захисту об'єднують наслідки їх застосування. Наприклад, рішення суду про присудження до виконання зобов'язання в натурі в першу чергу підтверджує наявність в особи – позивача – права вимагати від відповідача виконання такого зобов'язання. При зверненні до суду з позовом про спростування акту органу державного влади державного, що суперечить законодавству, суб'єкт господарювання також просить право визнати акт протиправним та засвідчити незастосування цього акту до певних відносин, зокрема господарських.

При аналізі судової практики можна легко виявити, що наведені способи захисту використовуються суб'єктами господарювання переважно на першому, попередньому етапі створення та мають на меті створення сприятливих умов для застосування інших способів захисту. Прикладом такого є ситуація, коли у спірних правовідносинах свої права заявляє особа, яка претендує на право, що захищається, або оскаржує його. Після задоволення судом позову про присудження до виконання зобов'язання в натурі часто виникає позов про відшкодування шкоди, спричиненої невиконанням або неналежним виконанням відповідного обов'язку.

До другої групи способів захисту доречно віднести способи захисту прав, які мають результатом *попередження або припинення порушення права*. Тут можна навести припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення; оперативно-господарські санкції; стягнення неустойки, штрафних санкцій. Метою застосування цих способів захисту прав суб'єктів господарювання є примус або спонукання порушника до припинення дій, що порушують права суб'єктів господарювання, або до попередження таких дій. Саме ця мета присутня у позовних заявах до господарських судів юридичних осіб, що поступають від учасників відносин економічної конкуренції, з вимогами про визнання неправомірними рішень органів Антимонопольного комітету України та застосування до них фінансових санкцій за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства.

Третя група повним чином поєднує способи захисту прав, результатом яких є *відновлення порушеного права чи компенсація збитків*, завданих порушенням права суб'єкта господарювання. Такий результат може бути досягнутий шляхом відновлення становища, що існувало до порушення права; визнання оскаржуваної угоди недійсною та застосування наслідків її недійсності, відшкодування збитків; компенсації моральної шкоди [**Ошибка! Источник ссылки не найден.**].

При аналізі видів способів захисту цивільних прав за критерієм конкретно-цільової спрямованості В.Д. Андрійцьо найбільш оптимальною класифікацією за таким критерієм вважає наступну: 1) превентивні – тобто спрямовані на попередження порушення цивільних прав; 2) припинювальні – спрямовані на припинення порушення цивільних прав; 3) відновлювальні – направлені на відновлення порушених прав; 4) компенсаційні – спрямовані на компенсацію втрат, понесених у зв'язку з порушенням цивільних прав [4, с. 9-10].

За кількістю осіб, що беруть участь у захисті прав, способи захисту поділяють на: індивідуальні та колективні. Щоправда, в умовах вітчизняного законодавства колектив слід розуміти не як певну спільноту, об'єднану правами

та інтересами, проте не має юридичного статусу, а скоріше як множинність на стороні позивача, що допускається ст. 47 ГПК України. Закон підкреслює, що кожен із позивачів або відповідачів щодо іншої сторони діє в судовому процесі самостійно.

За способом реалізації способи захисту поділяють на правові та неправові [105, с. 7-8].

З наведеного вище вбачається, що система способів захисту прав суб'єктів господарювання розглядається як впорядкована внутрішня структура всіх існуючих способів захисту прав суб'єктів господарювання, яку науковці намагаються логічно охопити різними пропонованими класифікаціями. З огляду на відсутність єдиного підходу до змістовного наповнення поділу усіх форм на юрисдикційні та неюрисдикційні, що було продемонстровано вище, більш обґрунтованим та юридично вивіреним видається поділ способів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання за суб'єктом реалізації на судові способи захисту; змішані способи захисту (в т.ч. адміністративні); несудові способи захисту. На нашу думку, саме ця класифікація способів захисту прав суб'єктів господарювання є найбільш зручною для застосування, систематизації та вивчення сукупності всіх існуючих способів захисту наукою та практикою та буде використана нами у наступних частинах дисертаційного дослідження.

2.2. Способи захисту прав суб'єктів господарювання, що застосовуються виключно судами

Відповідно до положень ч. 1 ст. 55 Конституції України суд захищає права суб'єктів господарювання. Зі змісту ст. 55 Конституції України випливає, що судовому захисту підлягають усілякі права й інтереси суб'єктів господарської діяльності, незалежно від рівня нормативно-правового акту у якому вони закріплені.

Конституційне право кожного на судовий захист означає, що «будь-яка особа може подати скаргу про порушення його прав і свобод у відповідний суд, а останній зобов'язаний її прийняти, розглянути по суті і винести законне і обґрунтоване рішення» [111, с. 48]. Забезпечення кожному права на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є завданням суду, відповідно до ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [112].

За загальним правилом захист прав та інтересів, що охороняються законом, здійснюється у судовому порядку. Спеціальний порядок використовується лише у випадках, прямо вказаних у законі. Він охоплює порядок вирішення господарських спорів певними органами влади. Судова форма захисту, на думку багатьох вчених та практиків, має перевагу перед позасудовою формою, оскільки судовий порядок заснований на незалежності судів, підпорядкованості їх тільки закону, гласності судового розгляду, прийнятті законного та обґрунтованого рішення.

Господарський суд, як один з органів судової влади, є гарантом захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави при розгляді та вирішенні господарських спорів. Здійснюючи судочинство у господарських відносинах, відповідно до ГПК України, господарські суди мають своїм завданням розгляд справи у відповідних спорах з метою захисту прав та законних інтересів учасників господарських правовідносин відповідно до принципів верховенства права та прогресивних завдань господарського судочинства.

Система способів захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання повинна забезпечувати кожному право на ефективний захист, а удосконалення цієї системи є одним із основних завдань для вирішення на шляху до модернізації господарського законодавства і підвищення ефективності правового регулювання відносин у сфері господарювання.

Спосіб захисту, що його застосовує суд при вирішенні спору, є «двосічним мечем», що з одного боку дозволяє відновити законність у спірних правовідносинах, досягнувши позитивного результату з точки зору однієї сторони, а з іншого – цей результат відбувається за рахунок істотного впливу на сферу інтересів її процесуального опонента. Як і для будь-якої зброї, основним правилом тут є її розумне та законне застосування. Таким чином, «основними критеріями, які повинні враховувати суди при застосуванні того чи іншого способу захисту у спірних правовідносинах є: компетенція особи-позивача, що звертається із вимогою про обрання відповідного способу захисту (чи має він право звертатися з вимогою, у якій сформульовано відповідний спосіб захисту); характер та природа правовідносин, що повинні відповідати змісту правової норми, яка передбачає застосування відповідних способів захисту (чи допустиме застосування такого способу захисту у конкретних спірних правовідносинах); обсяг власної компетенції при вирішенні спору (чи не виходить прийняття відповідного рішення за межі повноважень суду)» [113, с. 209].

Звичайно, цей перелік критеріїв, запропонованих О. Ільницьким, не може бути визнаний достатнім і вичерпним для обрання та застосування способу захисту (див. перелік, запропонований у п. 2.4. даної роботи), скоріше, він орієнтує стосовно основних умов для задоволення позову, вказуючи на такі основні параметри, як: «належність» позивача, відповідність способу захисту та компетенція суду. Відсутність хоча б однієї з них тягне за собою відмову у задоволенні позову, проте слід з'ясувати, чи впливає відсутність одного з цих критеріїв на змістовну кваліфікацію способу захисту – чи слід його загалом визнавати неналежним саме через відсутність компетенції у суду по його застосуванню?

Наприклад, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у постанові від 18 вересня 2018 року (справа № 916/33/18) зазначив: «оскільки прийняття рішення про виключення учасника з господарського товариства законом віднесено до компетенції загальних зборів

учасників цих товариств, а не суду, а суд лише перевіряє обґрунтованість та законність прийняття рішення про виключення учасника у разі подання останнім позову про визнання такого рішення недійсним, господарські суди прийшли до правильного висновку про відсутність підстав для задоволення позову про виключення Товариства з обмеженою відповідальністю «Чорномор'я» зі складу учасників Товариства з обмеженою відповідальністю «Пансіонат «Сонячний берег» [114].

У цьому рішенні суд підкреслив, що суд як орган державної влади має діяти виключно у межах покладених на нього повноважень і у будь-якому разі не може підмінювати рішення, постановлення яких віднесено до компетенції інших уповноважених органів чи осіб.

Так, такий спосіб захисту, як виключення учасника зі складу ТОВ чи ТДВ був передбачений ст. 64 Закону України «Про господарські товариства» та міг бути застосований стосовно учасника, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства. Наразі така санкція запроваджується і новим Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Її застосування також чітко регламентоване – у якості уповноваженого органу (без альтернатив) вказані загальні збори. Відповідно, у разі, коли загальні збори з різних причин відповідне рішення не постановляють, суд не вправі перейняти на себе ці повноваження.

Аналогічна практика передбачена і в інших категоріях спорів. П. 2.14 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин», наприклад, передбачає, що за наслідками розгляду справ за позовами до органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування щодо оскарження (визнання незаконними) прийнятих ними актів з питань, пов'язаних з наданням земельних ділянок у власність чи в користування суб'єктам господарської діяльності (про відмову у передачі земельної ділянки у власність чи в користування, у продажу земельної ділянки, у наданні дозволу і вимог на розроблення проекту відведення

земельної ділянки тощо) господарський суд залежно від характеру спору може зобов'язати названі органи виконати певні дії, як цього вимагають приписи чинного законодавства, зокрема розглянути в установленому для даного органу порядку питання, яке стосується предмета спору. Водночас суд не вправі приймати рішення з питань, віднесених до виключної компетенції цих органів, наприклад, про надання земельних ділянок у власність або в користування, укладення договорів купівлі-продажу або оренди земельних ділянок, а також зазначати, яке конкретно рішення повинно бути прийнято [115].

Наведений приклад демонструє необхідність чіткого розмежування компетенцій судових та адміністративних органів, коли суду забороняється втручатися у повноваження органів управління.

У юридичній літературі відзначається, що у разі нерозгляду питання щодо реалізації права особи на землекористування, крім пасивного способу порушення права особи, зустрічаються випадки, коли орган публічного управління відмовляє у продажі земельної ділянки чи передачі її у користування з інших підстав, ніж чітко передбачені у законодавстві (обґрунтовуючи це дискреційними повноваженнями та наявністю права розпоряджатися земельною власністю). «Оскільки така дія прямо суперечить Конституції України, законам та спеціально-дозвільним принципам діяльності суб'єктів державного управління, захист повинен відбуватися шляхом не лише констатації порушення, але й спонукання до виконання компетенційного обов'язку легалізувати своїм рішенням чи дією передбачене право особи на землекористування. В такому випадку, очевидно, може мати місце використання судами повноважень щодо спонукання відповідача до конкретної дії з виділення земельної ділянки чи передачі її у користування. Однак і така діяльність повинна здійснюватися із врахуванням наданих законом повноважень кожному з елементів апарату держави і не означає передачу судам необмежених функцій» [113, с. 209-210].

При цьому, «у разі відсутності у суб'єкта владних повноважень законодавчо закріпленого права адміністративного розсуду при вчиненні

дій/прийнятті рішення, та встановлення у судовому порядку факту протиправної поведінки відповідача, зобов'язання судом суб'єкта прийняти рішення конкретного змісту не можна вважати втручанням у дискреційні повноваження, адже саме такий спосіб захисту порушеного права є найбільш ефективним та направлений на недопущення свавілля в органах влади» [116].

З зазначеного можемо зробити наступні висновки.

По-перше, застосування судових способів захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав та інтересів суб'єктів господарювання пов'язується із наявністю у господарського суду повноважень щодо офіційного підтвердження наявності, відсутності прав та/або обов'язків у уповноважених органів та осіб, наявності, відсутності або недійсності зобов'язань або примусу щодо вчинення певних дій чи утримання від них тощо. Законодавче визначення компетенційних прав та обов'язків виключно для уповноважених органів та осіб зумовлює заборону для суду приймати аналогічні рішення, по суті переймаючи невластиву для себе компетенцію.

По-друге, судовими способами захисту охоплюється примус до зобов'язання вчинити певні дії або утриматися від них органами державної влади та місцевого самоврядування у випадках, коли такий примус не визнається втручанням у дискреційні повноваження відповідних осіб.

По-третє, спрямована до господарського суду вимога із сформульованим у ній способом захисту, застосування якого передбачає вихід судом за рамки власної компетенції, не підлягає задоволенню, а сам спосіб захисту слід визнавати неналежним. В силу вимог ст. 19 Конституції України суд може застосувати лише такий спосіб захисту, що передбачений законом. Якщо суд бачить, що право порушено, але позивачем обрано спосіб захисту права, що не передбачений законом або договором, він до прийняття нової редакції ГПК України 03.10.2017 міг надати роз'яснення позивачеві щодо зміни способу захисту на належний, предмету позову за допомогою клопотання. Часто в судових рішеннях зустрічається фраза: «обрані способи не призведуть до відновлення порушеного права», тобто, хоча суди й вбачають у справі

порушення прав суб'єктів господарювання, але вони не могли їх відновити через неспроможність власне способу захисту істотно вплинути на досягнення бажаного результату. Як свідчить судова практика, позивачі, незважаючи на роз'яснення та поради суддів, не завжди змінюють обраний ними спосіб захисту чи предмет позову на належний, вважаючи, що суд не об'єктивно розглядає їх позови. Це в подальшому негативно відображається не тільки на самій справі, а й на судовій системі: замість обрання нового способу захисту, позивачі вдаються до оскарження рішень, якими їм було відмовлено у задоволенні позову, завантажуючи тим самим суди справами, за результатами розгляду яких спір по суті вирішеним по суті все одно бути не може. Очевидно, що така практика впливає і на довіру суб'єктів господарювання до судової системи, яка, на думку позивачів, не розглядає справу згідно заявлених вимог, а відмовляє з формальних причин.

Господарськими судами України прийнято багато ухвал, відповідно до яких суди, керуючись ст. ст. 62, 80 та 82 ГПК України (в редакції до 15.12.2017 – примітка В. П.), відмовляли у прийнятті позовної заяви, припиняли провадження у справі або ж відмовляли в задоволенні позову у зв'язку з тим, що власник порушеного права має скористатися не будь-яким, а конкретним способом захисту свого права. Неоднакове вирішення господарськими судами України спорів, де предмет позову не відповідав встановленим законодавством способам захисту прав суб'єктів господарювання, призводить до труднощів, різних правових наслідків, затягування процесу вирішення спору та незахищеності прав суб'єктів господарювання. Таким чином, постає проблема однакового вирішення господарськими судами України спорів, де предмет позову не відповідає встановленим законодавством способам захисту прав суб'єктів господарювання, та проблема незахищеності прав суб'єктів господарювання, викликана відсутністю необхідних, дієвих та актуальних способів захисту. Так що ж правильно робити в таких випадках і якою статтею ГПК України керуватися суддям [117, С. 159]?

Це питання залишається актуальним, адже надана сьогодні суду можливість коректувати спосіб захисту не означає безумовного виправлення усіх помилок позивача у кожному випадку.

Аналіз наукової літератури свідчить, що окремі аспекти вказаної проблеми захисту прав суб'єктів господарської діяльності були предметом дослідження О.А. Беяневич, С.І. Велівіса, О.П. Вершиніна, М.А. Гурвіча, А.Н. Кожухаря, О.П. Подцерковного, Є.Г. Пушкаря та деяких інших вчених-юристів. Разом з тим, необхідно додатково дослідити дії господарських судів України при встановленні невідповідності обраних способів захисту порушеного права суб'єктами господарювання законодавству чи договору.

Як відмічає А.Н. Кожухар, судова практика суперечлива в прийнятті до розгляду вимог, які позбавлені правового захисту. В одних випадках судді відмовляють у прийнятті до розгляду не правових вимог, в інших розглядають їх по суті та приймають рішення про відмову в позові [118, с. 76].

У Російській Федерації арбітражні суди вказують, що якщо обраний позивачем спосіб захисту порушеного права не передбачено ст. 12 Цивільного кодексу Російської Федерації чи діючим законодавством, то на підставі п. 1 ч. 1 ст. 150 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації провадження по справі припиняється в зв'язку з тим, що даний спір не підлягає розгляду арбітражними судами. Так чинить більшість арбітражних судів Російської Федерації. Однак, деякі арбітражні суди розглядають справу до кінця й приймають рішення про відмову в задоволенні позовних вимог [119]. Як вбачається, не тільки в Україні господарські суди приймають різні рішення та відсутня єдина позиція стосовно вирішення вище вказаної проблеми.

Помилка суду у правовій кваліфікації дій сторін фактично позбавляє суб'єкта господарювання можливості захищати свої права та інтереси в суді [117, С. 160].

С.В. Курильов зазначає, що практика відмови в прийнятті позовів з неправовим характером вимог є помилковою, оскільки позивач має право змінити в процесі розгляду підставу чи предмет позову, у зв'язку з чим може

з'ясуватися, що вимога позивача, яка раніше не ґрунтувалася на законі, може стати такою, що тепер ґрунтується на ньому. Однак, навряд чи це уявляється доцільним, якщо брати до уваги лише абстрактну можливість зміни підстав чи предмета позову в процесі судового розгляду справи. Навіщо приймати до провадження спори, що свідомо не захищаються правом, коли результат процесу заздалегідь вирішений наперед? Як стверджує В.К. Пучинский, для формування єдиної судової практики було б краще вказати, що подібного роду вимоги не повинні прийматися до провадження [118, с. 78].

Як підкреслює М.А. Гурвич, при порушенні умов пред'явлення позову, суд залишає позов без розгляду, що означає визнання процесу нікчемним, внаслідок чого сторони повертаються в допроцесуальне положення [120, с. 44-46]. Тобто, якщо подано позов з непередбаченим законом або договором способом захисту прав суб'єктів господарювання, то, виходячи з думки М.А. Гурвича, позовну заяву необхідно залишити без розгляду.

М.А. Гурвич відзначає також, що залишення позову без розгляду і припинення провадження у справі утворюють дві форми, два інститути процесуального права, різні за своїми підставами і наслідками [121].

Припинення (*закриття* в сучасній термінології ГПК України – примітка автора) провадження у справі свідчить, як правило, про те, що у позивача були відсутні необхідні передумови права на пред'явлення позову або що подальше продовження процесу по розгляду справи є неможливим або недоцільним. Залишення ж позову без розгляду свідчить про те, що позивач має право на пред'явлення позову і судовий захист, однак їм не дотримані умови здійснення цього права. Порівняння понять припинення провадження у справі і залишення позову без розгляду показує, що позивач в першому випадку не може сподіватися на здійснення судом правосуддя по його справі. У другому випадку таке здійснення правосуддя можливо, але воно, в основному, залежить від самого позивача, який, за наявності у нього права на пред'явлення позову, не зумів ним скористатися або неналежно здійснив це право [122, с. 71].

У першому випадку, якщо суд визнає відсутність у позивача права на пред'явлення позову або якщо подальше продовження процесу стане неможливим або недоцільним, ухвала суду про припинення справи пов'язує як суд, який виніс ухвалу, так і інші суди та установи. Тому звернення до суду з тотожним позовом не допускається. В іншому ж випадку, якщо позивачем недотримано умов здійснення права на пред'явлення позову, такі наслідки не настають, а ухвала суду визнає процес у справі таким, що не відбувся. Тому усунення позивачем перешкод, що послужили підставою для залишення позову без розгляду, дає йому право звернутися до суду повторно. Істотна відмінність між припиненням провадження у справі і залишенням позову без розгляду проявляється у вирішенні питання про можливість усунення обставин, що перешкоджають розгляду справи по суті [120, с. 54-55].

М.А. Гурвич вказує також на відмінності залишення заяви без руху і залишення позову без розгляду. Якщо при виправленні залишеної без руху позовної заяви вона вважається тією ж, за тією ж вимогою та акт пред'явлення позову, що спочатку умовно не відбувся, набуває юридичну силу, то при залишенні позову без розгляду заяву не може бути просто «виправлено» з відновленням того ж процесу – повинен бути розпочатий новий процес (нова справа) по тотожному, вдруге пред'явленому позову [123, с. 10]. Тим часом суди не завжди враховують вказані відмінності між цими процесуальними інститутами. Такі дії судів обмежують права громадян і організацій на судовий захист і породжують затримку в розгляді справ [124, с. 87].

Так, наприклад, Господарський суд м. Києва по справі № 05-6-7/897 відмовив у прийнятті позовної заяви ТОВ «Біосинтез» до ТОВ «Стандарт-Газ» про стягнення майна в зв'язку з тим, що «такий спосіб захисту не передбачено ст. 20 ГПК України, а також відсутній механізм виконання такого рішення суду» [125]. Або, Господарський суд Одеської області по справі № 22/194-10-5324 за позовом Промислово-будівельної групи «ІНТОБУД» до відповідача ТОВ «БАСКО» про визнання договору неукладеним ухвалив провадження у справі припинити в зв'язку з тим, що «такий спосіб захисту прав не відповідає

способам захисту цивільних прав, передбачених ст. 16 ЦК України та іншими законами України» [126]. Чи, Господарський суд Львівської області по справі № 5015/6313/11 за позовом ТзОВ «Шувар» до відповідача Управління комунальної власності Департаменту економічної політики Львівської міської ради про визнання договору оренди нерухомого майна продовженим у задоволенні позову відмовив повністю, «оскільки позивач обрав спосіб захисту порушеного права та реалізував свій намір захистити це право у спосіб, не передбачений чинним законодавством України, вказане унеможливило задоволення його позовних вимог» [127].

З наведених прикладів видно, що позиція судів різна у справах, де позивачами – суб'єктами господарювання обрано способи захисту прав, що прямо не передбачені законодавством України. Так, одні судді відмовляли у прийнятті позовної заяви, другі – припиняли провадження у справі, а треті – відмовляли у задоволенні позову [117, с. 161].

З аналізу наведених вище передумов та умов для застосування окремих форм завершення провадження у справі, у тому числі і без прийняття судового рішення по суті справи, вбачається, що при встановленні невідповідності характеру порушення обраного позивачем способу захисту права найбільш обґрунтованою є позиція, за якою суд відмовляв у задоволенні позову. Така відмова не заперечує наявності конфлікту, допускає порушення прав та законних інтересів позивача, та одночасно підкреслює неможливість отримання ефективного захисту через обраний спосіб. Якщо залишення позову без розгляду ГПК України пов'язується з суто формальними (не змістовними, якими є невірні способи захисту) недоліками, то припинення або закриття провадження у справі констатує або вичерпання конфлікту, або його врегулювання чи небажання врегулювання, або неможливість розв'язання у рамках господарської юрисдикції. В останньому випадку суд має встановити характер спірних правовідносин, наявність правопорушення, підвідомчість спору та роз'яснити сторонам процесуальні наслідки прийнятого рішення.

Проте, як бачимо, неможливість отримання позитивного рішення позивачем у даному випадку так само не пов'язується із способами захисту.

Позиція, що залишення позовної заяви без розгляду у випадку обрання позивачем неналежного способу захисту прав (замість відмови у задоволенні позову) є більш доречною (чи менш вразливою) реакцією в контексті забезпечення можливості позивачу виправити спосіб захисту на належний, подати позов знову і не затягувати процес захисту своїх прав, на наш погляд, не витримує критики. Хоча такий варіант є менш витратним для позивача, оскільки ст. 7 Закону України «Про судовий збір» передбачає повернення судового збору у разі залишення позовної заяви без розгляду, однак, залишення позову без розгляду пов'язується з порушенням правил-вимог реалізації права на судовий захист (права на пред'явлення позову), а не правил, дотримання яких є необхідним для отримання ефективного судового захисту.

З'ясування цих принципових моментів, на наш погляд, є вкрай необхідним з огляду на формування нової судової практики на підставі оновленого процесуального кодексу. Єдина узагальнена позиція має бути сприйнята усіма судами, оскільки, в свою чергу, слугуватиме орієнтиром для суб'єктів господарювання – особам, які збираються отримати захист в судовому порядку має бути відомо, чи «пробачає» суд промахи із невірним зазначенням необхідного способу захисту і які умови мають бути дотримані у разі, якщо позивач сподівається на самостійне визначення способу захисту судом. Розглянемо судову практику з цього питання.

Так, Господарський суд Дніпропетровської області, розглянувши матеріали за позовом ТОВ «Система аптек «Лінда-фарм» до Обласного комунального підприємства «Фармація» про визнання договору оренди нерухомого майна №457 від 01.06.2015 продовженим на той самий строк на тих самих умовах, залишив без уваги твердження відповідача про обрання позивачем неналежного способу захисту з огляду на посилання останнім на ч. 2 ст. 5 ГПК України, відповідно до якої у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи,

яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. Суд лише продовжив строк підготовчого провадження та відклав підготовче засідання [128]. І це в ситуації, коли ВГСУ своєю постановою від 06.10.2011 по справі № 5023/1385/11 про визнання договору оренди продовженим, скасував рішення і постанову попередніх інстанцій, якими позов був задоволений повністю, з прийняттям нового рішення про відмову у позові, оскільки не передбачено такого способу, як визнання договору продовженим [129].

Аналогічно, у справі № 904/599/18 позивач просив визнати недійсним рішення комісії по розгляду акту № 119353 від 08.06.2017 про порушення користування електроенергією, оформленого протоколом № 9-33 від 29.09.2017 на суму 157 474,62 грн. та скасувати оперативно-господарську санкцію ПАТ «ДТЕК Дніпрообленерго», застосовану до ТОВ «Вилтон» на підставі рішення комісії по розгляду акту № 119353 від 08.06.2017 про порушення користування електроенергією ... на суму 157 474,62 грн. Відповідач у відзиві на позов просив відмовити у задоволенні позовних вимог у повному обсязі, посиляючись, серед іншого, на те, що позивачем обраний неналежний спосіб захисту своїх порушених прав, який не відповідає законодавству. Господарським судом Дніпропетровської області заперечення відповідача до уваги не сприйняті та постановлено ухвалу про закриття підготовчого провадження та призначення справи до судового розгляду по суті [130]. Зауважимо при цьому, що попри суперечливу судову практику, слід враховувати рішення Верховного Суду України від 30.05.2012 № 6-3765вов09, у якому позовна вимога про визнання недійсним акта про порушення визнається такою, що не відповідає встановленим способам захисту прав. Суд дотримувався правової позиції, за якою оскаржуваний акт 26 про порушення Правил, не є актом в розумінні статті 20 ГК України та за своїми ознаками до таких актів не належить, оскільки не є обов'язковим до виконання, а є лише

фіксацією порушення, яке було виявлено під час проведення постачальником енергії перевірки дотримання Правил.

На противагу цим рішенням, 25.07.2018 у справі № 904/1762/18 Господарський суд Дніпропетровської області зазначив, що «обраний позивачем спосіб захисту своїх прав шляхом звернення до суду з вимогою про зобов'язання Товариства з обмеженою відповідальністю фірму «Мед-Сервіс» підписати видаткову накладну №451 від 26.02.2016 та повернути позивачу один примірник цієї накладної не відповідає встановленим законом або договором способом захисту прав. Крім того, задоволення такої вимоги позивача не призведе до захисту права позивача, оскільки таке рішення не може бути виконане у примусовому порядку з огляду на відсутність механізму його виконання» [131]. Зі змісту акту не вбачається, що суд вдавався до спроб замінити неналежний спосіб захисту на належний, оскільки в судовому засіданні судом було ... «встановлено факт поставки товару та стягнуто з відповідача заявлену позивачем суму. Тому, підстави щодо зобов'язання підписати видаткову накладну № 451 від 26.02.2016 та повернути її позивачу – відсутні». Щоправда, основну частину вимог задовольнив, присудивши стягнути суму основного боргу, штрафні санкції та інфляційні втрати з позивача.

Отже, поки що доводиться констатувати доволі суперечливу практику застосування судами ч. 2 ст. 5 ГПК України – суди у рамках підготовчого провадження ігнорують заперечення відповідачів щодо обрання позивачем неналежних способів захисту або, власне, констатують неналежність способу захисту та відмовляють у задоволенні позову, дотримуючись вже усталеної судової практики. На нашу думку, такі дії суду слід визнавати необґрунтованими: ймовірне перенесення вирішення питання щодо обрання більш ефективного способу захисту на етап розгляду справи по суті не відповідає положенням ГПК України, які вимагають подання відповідної заяви позивачем. Згідно з приписами Кодексу, подання заяв щодо предмету позову і способу захисту (і заяв по суті справи) чітко обмежено часовими рамками, крім

того, до переходу до розгляду справи по суті більш доречним видається інформування сторін та інших учасників справи щодо меж судового розгляду.

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 208 ГПК України у вступному слові (під час розгляду справи по суті – примітка автора) учасники справи в усній формі стисло викладають зміст та підстави своїх вимог і заперечень щодо предмета позову, дають необхідні пояснення щодо них. Відповідно, докази на підтвердження вимог і заперечень до цього часу вже мають бути розкриті сторонами у рамках підготовчого провадження.

У свою чергу, ч. 3 ст. 46 ГПК України визначає, що позивач має право змінити предмет або підстави позову шляхом подання письмової заяви до закінчення підготовчого засідання. У справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, зміна предмета або підстав позову допускається не пізніше ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі. Таким чином, враховуючи зміст та обсяг діяльності суду та учасників справи на стадії підготовчого провадження, видається обґрунтованим і можливим вже на цьому етапі визначити, чи є обраний позивачем спосіб захисту належним та ефективним, якщо ні – суду визначитись із новим способом захисту.

Право на використання способу, що використовується виключно судами, не позбавляє суб'єктів господарювання можливості досудового врегулювання спору. Однак, на сьогоднішній день, більшість спорів суб'єктів господарювання передається на вирішення господарського суду без дотримання вимог досудового врегулювання.

Розглянемо більш детально окремі судові способи захисту.

1. Одним із важливих і поширених способів захисту прав підприємців є *визнання судом виданого державним або іншим органом незаконного акту недійсним (повністю або частково)*. Сьогодні цей спосіб захисту використовується у справах у спорах щодо оскарження актів (рішень) суб'єктів господарювання та їх органів, посадових та службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності, крім актів (рішень) суб'єктів владних

повноважень, прийнятих на виконання їхніх владних управлінських функцій, та спорів, стороною яких є фізична особа, яка не є підприємцем (п. 10 ч. 1 ст. 20 ГПК України).

Підставою для застосування цього способу захисту є видання державним або іншим органом акту, що не відповідає його компетенції або вимогам законодавства. Звертає на себе увагу самостійність цих двох підстав. Отже цілком може бути застосований спосіб захисту щодо визнання недійсним того акту, який хоч і відповідає вимогам законодавства, але прийнятий з порушенням правового статусу – перевищенням компетенції відповідного органу. Також може бути оскаржений акт, прийнятий у межах компетенції відповідного органу, але такий, що суперечить Конституції та законодавству.

Цей спосіб захисту може поєднуватися з іншими способами захисту, але може застосовуватися і наодинці. Зокрема, визнання недійсним акту органу державної влади або іншого органу може поєднуватися із застосуванням стягнення судом збитків за позовом підприємця, завданих йому внаслідок неправомірних дій відповідних органів або їх службових осіб. Нерідко у практиці поєднується вимога про визнання недійсними актів державних органів з позовом про повернення (зворотнє стягнення) необґрунтовано списаних цими органами в безспірному порядку сум. На це звернули увагу судові органи, зокрема, з метою однакового і правильного вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів, президія Вищого арбітражного суду України надала роз'яснення «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів» від 26.01.2000 № 2-05/35 (зі змінами) [132, с. 133].

Системний аналіз законодавства дає підстави для висновку, що право на оскарження рішення (індивідуального акта) суб'єкта владних повноважень надано особі, щодо якої воно прийняте або яке безпосередньо стосується прав, свобод та інтересів цієї особи [133].

2. *Визнання права.* Питому вагу у практиці правозастосування займає такий спосіб захисту, як визнання *оспорюваного чи невизнаного права*. Т.Є.

Абова відмічає, що «цей спосіб захисту є належним інструментом у випадках, коли необхідно зняти сумніви в належності права певному підприємству або визнати відсутність такого у його контрагента» [134, с. 121].

Як відмічає С.М. Братусь, характерною рисою визнання права є те, що цей спосіб не створює нових матеріальних правовідносин [135, с. 70]. В такому випадку лише підтверджуються існуючі права та обов'язки сторін. При чому, визнання права є придатним для застосування не лише в приватноправових, але й в публічно-правових відносинах. Адже потреба у підтвердженні існування певних прав та обов'язків може мати місце у відносинах між рівними суб'єктами господарювання, а також між суб'єктами, що перебувають у відносинах влади – підпорядкування, наприклад між монополістом та органами Антимонопольного комітету України. Метою застосування даного способу захисту є усунення невизначеності у суб'єктивному праві, належному суб'єкту господарювання, а також створення сприятливих умов для здійснення права суб'єктом господарювання.

Окремі проблеми на практиці виникають у зв'язку з відсутністю єдиного погляду на підстави для пред'явлення позову про визнання права і чіткого визначення кола осіб, які можуть виступати відповідачами і, відповідно, порушують, не визнають чи оспорюють право особи.

Так, підстави для висунення вимог про визнання права виникають тоді, коли наявність і зміст прав неоднаково усвідомлюються та оспорюються суб'єктами матеріально-правових відносин, відмічає О.П. Вершинін [75, с. 17]. На думку деяких вчених, позов про визнання права може пред'являтися лише в тому разі, коли право ще не порушене. Можливість бути пред'явленим на захист не порушених, а оспорюваних суб'єктивних прав є характерною рисою визнання права, яка відрізняє його від інших способів захисту права [136, с. 131].

Дещо ширше коло підстав окреслює В.Л. Яроцький. Він підкреслює, що «необхідність висунення вимоги про визнання права може виникнути у зв'язку із порушенням, оспорюванням права та невизнанням права іншими особам»

[137, с. 144]. Уявляється, що ця позиція є правильною, оскільки передбачає всі можливі перешкоди у здійсненні права. Цей спосіб може бути передумовою застосування інших способів захисту, разом з якими право захищається не лише від порушення, а й невизнання чи оспорювання.

Відповідно до ст. 392 ЦК України, власник майна може пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорується або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, який засвідчує його право власності.

Судова практика знає випадки, коли позови про визнання права власності заявляються задля реалізації не лише абсолютних прав на певне майно суб'єкта господарювання, але й для усунення спірного характеру відносних правовідносин сторін щодо майна.

До того ж у науковій літературі цілком вірно підкреслюється, що «формулювання позовів «про визнання права»... цілком допускає можливість пред'явлення вимог не тільки суто про визнання права, а й про визнання обов'язків другої сторони і т. ін.» [138].

На користь такого висновку свідчать численні приклади з судової практики, коли вимоги про визнання права власності супроводжують позовні вимоги про витребування майна з чужого незаконного володіння, про усунення перешкод у реалізації права власності, про виключення майна з-під арешту тощо.

Спробу витлумачити дану проблему зробив Вищий господарський суд України, який своїм листом № 01-8/1609 від 21.07.2006 вніс зміни до п. 18 інформаційного листа «Про деякі приписи законодавства, яке регулює питання, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом» № 01-8/98 від 31.01.2001. У п. 18 цього листа зазначається, що комунальні підприємства бюро технічної інвентаризації, які відповідно до п. 5 розділу V «Прикінцеві положення» Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», здійснюють реєстрацію таких прав на об'єкти нерухомості, можуть бути відповідачами за позовами про офіційне визнання

права власності на об'єкт нерухомого майна, пред'явленими згідно зі ст. 392 ЦК України.

Проте, ВГСУ в своєму Інформаційному листі від 21.11.2011 № 01-06/1623/2011 висловив недостатньо зрозумілу та непослідовну позицію, зазначивши, що бюро технічної інвентаризації здійснює лише державну реєстрацію права власності на нерухоме майно, а відтак не може бути стороною у справі, що розглядається господарським судом стосовно визнання такого права, оскільки не є особою, від якої відповідне право перейшло, або особою, яка може претендувати на таке право [139].

Проте недоцільно вважати, що закон обмежує захист порушеного права лише випадками, коли існують спірні правовідносини із особами, до яких «відповідне право перейшло», чи відносин за участі осіб, які можуть «претендувати на таке право». Таке тлумачення істотно звужувало б гарантований ст.ст. 13, 41 Конституції України захист права власності, у тому числі від порушень з боку органів державної влади та місцевого самоврядування.

Такий висновок дає можливість розширити коло потенційних відповідачів та отримати особі судовий захист та визнати належність їй права у випадках, коли його порушення не є таким очевидним, коли є конкретний суб'єкт, що активно претендує чи оспорує спірне право. Сьогодні такими потенційними відповідачами у цій категорії справ можуть виступати територіальні органи Міністерства юстиції України, суб'єкти державної реєстрації прав: виконавчі органи сільських, селищних та міських рад, Київська, Севастопольська міські, районні, районні у містах Києві та Севастополі державні адміністрації; акредитовані суб'єкти (серед яких - нотаріуси); державні реєстратори прав на нерухоме майно в силу приписів Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [140], бюро технічної інвентаризації тощо.

Вирішення господарсько-правового спору при наявності рішення господарського суду чи третейського суду (арбітражу) щодо позовних вимог

про визнання права суб'єкта господарювання можна вважати завершеним, а право – остаточно захищеним лише за умови відсутності потреби у примусовому виконанні судового рішення (рішення арбітражу). Тут відбувається збіг моментів захисту права та форми його реалізації. Справедливим є твердження про те, що допустимим є пред'явлення позову про визнання не тільки речового або іншого абсолютного права, а й права, яке становить зміст зобов'язання [141, с. 131]. Зокрема, це можливо в разі оспорювання вчиненої угоди (ч. 2 ст. 46 ЦК України). В таких випадках позов про визнання права може бути сформульований як заява про визнання угоди дійсною, про визнання угоди укладеною. В коло осіб, що мають право застосовувати такий спосіб захисту, як визнання права, на думку В.Л. Яроцького, входять державні органи (суд, арбітражний і третейський суд) [137, с. 144].

О.П. Вершинін також вважає, що визнання права є прерогативою владних органів. Визнання права самими суб'єктами, на його думку, є нормальною реалізацією прав та обов'язків, а не захистом права [75, с. 17]. Т.Є. Абова, навпаки, стверджує, що захист за допомогою визнання права здійснюється не тільки шляхом прийняття відповідним органом рішення про визнання наявності чи відсутності права у підприємства або організації, а й в претензійному порядку – шляхом визнання наявності або відсутності відповідних прав боржником [134, С. 121].

На нашу думку, вірною є остання позиція. Аналіз положень ст. 20 ГК України, ст. 16 ЦК України переконує, що захист прав суб'єктів господарювання шляхом визнання права, не є прерогативою лише суду.

У ч. 2 ст. 20 ГК України спосіб названо «визнання наявності або відсутності прав». Отже, йдеться про вимогу щодо відсутності права, з чим погодитися не можна, оскільки вимога суб'єкта господарювання щодо визнання за ним права у разі її задоволення судом означає відсутність такого права в іншої особи (відповідача). Звертаючись, наприклад, до господарського суду з такою вимогою, суб'єкт господарювання (позивач) повинен довести наявність

спірних матеріальних правовідносин і належність спірного права саме йому («активна легітимація»). Натомість важко уявити, як у разі звернення до суду з вимогою про визнання відсутності прав (очевидно, в іншій особі) суб'єкт господарювання легітимує себе як заінтересовану особу, оскільки саме легітимація є процесуальним засобом вираження юридичної заінтересованості [141, с. 66-67].

Таким чином, в контексті застосування такого способу захисту порушеного права, як визнання права, слід наголосити і на наявній науковій та практичній дискусії щодо застосування протилежного способу захисту – про визнання відсутності права.

Абз. 2 ч. 2 ст. 20 ГК України закріплює, що права та законні інтереси суб'єктів господарювання серед іншого «захищаються і шляхом визнання ... відсутності прав» [142].

У судовій практиці можна було спостерігати окремі розрізнені позиції судів різних інстанцій з цього питання, в тому числі і застосування такого способу захисту фактично для визнання відсутності правовідносин між сторонами, а не лише суб'єктивних прав. Втім, показовими у цій ситуації слугують рішення останнього складу ВС, що працює за положеннями нового ГПК України, і є орієнтиром для подальшої роботи нижчих судів.

Отже, 11 вересня 2018 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі 918/890/14 (далі – Справа № 918/890/14) погодився із висновками, викладеними у Постанові ВСУ від 01 лютого 2018 року по справі № 910/11352/17 (останні, в свою чергу, погодились з висновком, викладеним в постанові Верховного Суду України від 21.05.2012 по справі №6-18цс11).

Основне по постанові ВСУ від 01 лютого 2018 року по справі № 910/11352/17, цитованою у Справа № 918/890/14:

«Способи захисту цивільних прав та інтересів визначені ст.16 Цивільного кодексу України. За змістом п.1 ч.2, ч.3 цієї статті одним зі способів захисту цивільних прав та інтересів є визнання права, що в рівній мірі означає як

наявність права, так і його відсутність або й відсутність обов'язків. ... Колегія суддів Верховного Суду погодилася з вищевказаним висновком Верховного Суду України, і дійшла висновку, що, якщо одна сторона договору вважає цей договір припиненим, а отже і припиненими її зобов'язання за даним договором, проте, друга сторона договору не погоджується з припиненням такого договору та зобов'язань першої сторони за ним, і на думку першої сторони таке невизнання порушує її права або охоронювані законом інтереси, то перша сторона договору може звернутися з позовом про визнання такого договору припиненим...» [143].

Ці висновки, зокрема, були взяті за основу ВСУ у справі № 918/890/14, за якою позивач ПрАТ «Дікергофф Цемент Україна» вимагав серед іншого визнати відсутнім право власності на нерухоме майно відповідача ТОВ «Лювада» (з огляду на відсутність права власності на спірне майно у засновника ТОВ «Лювада», яке передало його до статутного капіталу; ТОВ «Лювада» ж право власності зареєструвало на підставі Акту приймання-передачі та свідоцтво про право власності отримало»).

Суд першої інстанції позов задовольнив, апеляція скасувала, а ВСУ у задоволенні скарги ПрАТ «Дікергофф Цемент Україна» відмовив з формальних причин, проте підтвердив вірність висновку про можливість застосування визнання відсутності права як ефективного способу захисту.

Проте із таким висновком не можна погодитись з наступних причин.

По-перше, виходячи з положень ст. 20 ГПК України, господарські суди розглядають справи у спорах, що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності, а не про визнання юридичних фактів, цей спосіб захисту міг би бути застосованим сторонами виключно у разі наявності спору між ними стосовно наявності або відсутності в однієї з них права, тобто виключно за умови його порушення, оспорення або невизнання. Ймовірно, у зв'язку з цією обставиною – визнання відсутності права як факту – цей спосіб окремо не вказаний у ст. 16 ЦК України, оскільки в рамках цивільного судочинства має місце окреме провадження, на яке ст. 16 не розповсюджується.

За твердженнями самого ВСУ: 1) захист цивільних прав – це застосування цивільно-правових засобів з метою забезпечення цивільних прав; 2) порушення права пов'язано з позбавленням його володільця можливості здійснити (реалізувати) своє право повністю або частково. При оспоренні або невизнанні права виникає невизначеність у праві, викликана поведінкою іншої особи; 3) отже, «порушення, невизнання або оспорення суб'єктивного права є підставою для звернення особи за захистом свого права із застосуванням відповідного способу захисту».

З наведеного випливає засадничий висновок застосування способів захисту – захисту підлягає існуюче право особи, яке порушується, оспорується або не визнається іншою особою. Тобто, саме право існує, але наявні перепони в його реалізації чи користуванні ним.

У свою чергу, застосування такого способу захисту як визнання (по суті – підтвердження) відсутності неіснуючого права суперечить правилам формальної логіки – яким чином можна (і навіщо) підтверджувати відсутність того, що не існує!?

Тому, у випадку відсутності в особи певного права (в силу відсутності факту його реєстрації, правовстановлюючих документів та ін.) ефективним способом його захисту є вимога про його визнання (і одночасно спростування правомірності його набуття іншою особою-відповідачем), а не визнання відсутності його у відповідача. Останнє, як раз, і не тягне жодних наслідків для позивача (суті (мети) судового розгляду), так як залишає невирішеним ключове питання – доведення правомірності набуття цього права позивачем, адже такої вимоги позивач не заявляв. У випадку з нерухомим майном ще складніше – суд не може підміняти своїм рішенням повноважень органу реєстрації права власності на нерухоме майно.

Тобто, мета такого способу захисту, як «визнання певного факту» – досягнення юридичної (правової) визначеності – для сторін, державних органів та органів місцевого самоврядування у даному випадку не досягається: якщо особа, до якої пред'являли позов про відсутність в неї права, дійсно ним не

володіє, то кому тоді належить спірний об'єкт (благо)? Відповідь: позов про встановлення відсутності права такий факт не встановить, – потрібен буде новий позов, тепер вже правовстановлюючий. Це підтверджує недоцільність позову про встановлення відсутності права.

По-друге, не може бути використана вимога про «визнання відсутності» і для захисту законного інтересу в його розумінні рішенням КСУ (справа про охоронюваний законом інтерес), з огляду на те, що охоронюваний законом інтерес – це «прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту...» [15]. Іншими словами, захист законного інтересу в рамках позовного провадження пов'язується із вирішенням спору щодо встановлення активних (конструктивних, «утворювальних») наслідків такого визнання – які зумовлюють визнання його існування та вплив на правове становище зацікавленої особи, тобто «в дії», а не «як факту». Протилежний же висновок взагалі веде до заперечення доцільності визнання за особами законного інтересу як об'єкту захисту, бажання користуватися незрозумілим для його контрагентів благом, що може бути для них неочевидним, на відміну від права.

По-третє, на нашу думку, визнання відсутності права як спосіб захисту є допустимим, належним або ефективним лише у випадках, коли стороною-позивачем заперечується наявність правовідносин, на підставі яких таке право виникає, але не у неї, а у протилежної сторони, і може бути застосовано у якості додаткового способу. Наприклад, це може мати місце, коли за договором поруки до поручителя після спливу позовної давності пред'являються вимоги кредитором. Щоправда, у даному випадку застосовним є і інший спосіб захисту – про припинення правовідносин. Суд, встановивши закінчення строку, констатує відсутність прав і обов'язків у сторін за таким договором.

Встановлення відсутності права також не охоплюється категорією процесуального інтересу, позаяк встановлення багатьох фактів в ході судового

розгляду справи є функцією правосуддя, а не інтересом лише однієї із сторін спору.

Отже, визнання відсутності права не може виступати самостійним та виокремленим способом захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав, а є допустимим у контексті формулювання мотивувальної частини судового рішення.

3. Визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом, є наступним способом захисту, що застосовується господарським судом.

Розвиток економічних відносин в умовах ринкової економіки призвів до зростання кількості спорів щодо дійсності відповідних правочинів суб'єктів господарювання та їх відповідності закону та публічному правопорядку.

Загальні підстави і наслідки недійсності угод встановлені § 2 гл. 16 ЦК України. У ГК України недійсності господарських угод (зобов'язань) та її наслідкам присвячена ст. 208. Крім того, Пленум ВГСУ України 29.05.2013 видав постанову № 11 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» [144].

До внесення змін до ГК України Законом № 2275-VIII від 06.02.2018, яким було виключено ст. 207, кодекс чітко не розділяв недійсні правочини на нікчемні та оспорювані, на відміну від ЦК України. Навпаки, у названій статті ГК України як загальне правило встановлювалась необхідність саме визнання договору недійсним, тобто пред'явлення відповідного позову та його задоволення судом і у випадках з нікчемними угодами. Сьогодні таке протиріччя усунуто через необхідність використовувати загальні положення щодо недійсності господарських договорів за ЦК України.

Нагадаємо, відповідно до положень ст. 207 ГК України, господарське зобов'язання на вимогу однієї зі сторін або відповідного органу державної влади могло бути визнано судом недійсним повністю або в частині, якщо воно не відповідає вимогам закону; або вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства; або укладено учасниками господарських

відносин з порушенням хоча б одним з них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності). Проте, окремі норми ГК України і наразі не дають можливості чітко встановити, чи є оспорюваність єдиною кваліфікаційною ознакою способів захисту щодо визнання недійсними договорів у сфері господарювання. Наприклад, залишається проблема інтерпретації положень ч. 1 ст. 367 ГК України, відповідно до яких договір комерційної концесії має бути укладений у письмовій формі у вигляді єдиного документа, а недодержання цієї вимоги тягне за собою недійсність договору.

На жаль, при виключенні ст. 207 ГК були видалені наступні положення, що передбачали визнання недійсної нікчемної умови господарського зобов'язання, яка самотійно або в поєднанні з іншими умовами зобов'язання порушує права та законні інтереси другої сторони або третіх осіб. Зокрема, які: «виключають або обмежують відповідальність виробника продукції, виконавця робіт (послуг) або взагалі не покладають на зобов'язану сторону певних обов'язків; допускають односторонню відмову від зобов'язання з боку виконавця або односторонню зміну виконавцем його умов; вимагають від одержувача товару (послуги) сплати непропорційно великого розміру санкцій у разі відмови його від договору і не встановлюють аналогічної санкції для виконавця» (ст. 207 ГК України в редакції до 06.02.2018).

По суті справи, в умовах скасування таких положень залишилися беззахисними перед зловживаннями монополістів, інших економічно сильних суб'єктів економіки ті суб'єкти господарювання, які не мають ринкової влади та вимушені приєднуватися до несправедливих умов договорів у сфері господарювання. Так відбувається вихолощення із положень ГК прогресивних норм, які лежать в основі захисту економічної конкуренції та слугують розвитку економічних відносин.

З наведеного можна зробити висновок, що визнання договору (правочину) недійсним як спосіб захисту застосовується у разі, коли є спір про право, яке було порушено внаслідок недодержання стороною (сторонами) в момент його укладення приписів та умов, встановлених ч. 1-3, 5, 6 ст. 203 ЦК

України та таких, що впливають зі змісту ст. 208 ГК України (мається на увазі відсутність у сторін господарського зобов'язання мети, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства). В залежності від ступеню порушення умов дійсності договори, відповідно, поділяють на нікчемні та оспорювані.

Як точно відмічає О. Бринцев, зміст визнання правочину недійсним полягає у з'ясуванні факту: чи є дії осіб, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення правовідносин, правочином або вони є правопорушенням. Підтвердження в установленому порядку другого судження означає визнання правочину недійсним [3, с. 209], що тягне за собою відповідні наслідки, визначені у ст. 216 ЦК України та ст. 208 ГК України.

Зокрема, як відмічається у літературі, позов про визнання оспорюваного договору недійсним є позовом про перетворення і спрямований не на констатацію недійсності угоди, а на знищення правового ефекту договору, внаслідок чого угода стає недійсною. Рішення суду тут виконує функцію матеріально-правового юридичного факту, з яким закон пов'язує анулювання порочного, але до цього дійсного договору і припиняє правовідносини, що виникли на його підставі [145, с. 138]. У зв'язку із цим, цілком логічним виглядає повернення правовідносин у первісний стан, що виступає *додатковим способом захисту* і вимагається для найбільш повного захисту прав сторін у разі, якщо за таким договором стороною (сторонами) вже були вчинені певні дії або передані кошти чи майно і у добровільному порядку сторони відмовляються їх повертати.

Якщо ж за правочином, визнаним недійсним, права та обов'язки передбачалися лише на майбутнє, то наслідки у вигляді реституції застосовані бути не можуть, але згідно з частиною другою статті 236 ЦК України можливість настання таких прав та обов'язків у майбутньому припиняються [144, п. 2.7].

Спеціальною ж ознакою нікчемних договорів є те, що вони не породжують визначені договором наслідки. Нікчемний правочин, на відміну від оспорюваного, є недійсним незалежно від наявності чи відсутності

відповідного рішення суду. Однак це не виключає можливості подання та задоволення позову про визнання нікчемного правочину (господарського договору) недійсним [144, п. 2.5.2.]. Таким чином, судовий порядок застосування такого способу захисту як визнання зобов'язання недійсним для нікчемних угод закріплений у якості альтернативи. Але це лише на перший погляд. Зокрема, такий обов'язок виникає у випадку необхідності застосувати реституцію як наслідок недійсності правочину у примусовому порядку, коли сторона ухиляється від добровільного повернення переданого майна.

Проте, для окремих договорів, які можуть вважатися нікчемними з певних підстав, звернення до суду є обов'язковим. Так, наприклад, ч.1 ст. 207 ГК України розглядала господарський договір, що суперечить інтересам держави і суспільства, як оспорюваний, тобто такий, що міг бути визнаний недійсним виключно судом. Однак, практиці відомі випадки, коли Верховний Суд України обирає позицію, за якою господарський договір, учинений з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, водночас є таким, що порушує публічний порядок, а отже визнання недійсним такого договору у судовому порядку не вимагається [див., наприклад, 146].

Це питання залишається спірним через неузгодження термінології між двома кодексами, що породжує різні тлумачення змісту згадуваних категорій «публічний порядок» та «інтереси держави і суспільства». Крім того, Вищий господарський суд України у пункті 21 Інформаційного листа від 07.04.2008 № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» взагалі зазначає, що на відміну від ЦК України ГК України фактично розглядає як оспорюванні всі ті зобов'язання, які виникають з правочинів, які за ЦК є нікчемними [147].

Сучасні ж узагальнення судової практики, як зазначалось вище, не заперечують судового розгляду нікчемних правочинів (йдеться про договори, що суперечать інтересам держави і суспільства), а застосування наслідків їх недійсності взагалі унеможлиблюється без звернення до суду: в силу приписів ч. 1 ст. 208 ГК України за наявності наміру в обох сторін – у разі виконання

зобов'язання обома сторонами – в доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в дохід держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в дохід держави.

Отже, навіть у випадку, коли господарський договір, який суперечить інтересам держави і суспільства, розглядати як нікчемний, при наявності відповідного спору такий договір необхідно визнати недійсним у судовому порядку. Враховуючи спрямованість ГК України на забезпечення достатнього простору для договірного розсуду сторін, самостійності суб'єктів господарювання, їх прав та захист як публічних, так і приватних інтересів учасників господарського обороту, а також можливі правові наслідки недійсного господарського договору, який суперечить інтересам держави і суспільства, мова про такі договори повинна вестись лише у контексті їх оспорюваності.

Такий широкий підхід підтримується і О. Котом. Науковець підкреслює, що «якщо умови правочину в буквальному розумінні не повною мірою відповідають нормам чинного законодавства, але допускають такий варіант тлумачення, який передбачає, що при вчиненні правочину сторони врахували відповідні приписи закону, суд має дати сам таке тлумачення умовам правочину, навіть якщо воно звужить їх обсяг порівняно з буквальним змістом» [1, с. 264-265].

Отже, враховуючи вищевикладене, вбачається доцільним погодитися із думкою про необхідність доповнити ч.1 ст.208 ГК України вимогою, що відповідні наслідки застосовуються тільки у разі визнання недійсним договору господарським судом з підстав вчинення всупереч інтересам держави і суспільства [148].

Окремий інтерес в питанні визнання договорів нікчемними становить суб'єктний склад осіб, уповноважених визнавати подібні договори нікчемними. Виникає цілком обґрунтоване запитання, чи можуть сторонні особи, крім, власне, сторін договору і суду, визнавати договори нікчемними? На відміну від права будь-якої заінтересованої особи пред'явити вимогу про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину (ч. 5 ст. 216 ЦК України), відповідь на поставлене запитання на підставі аналізу законодавства та судової практики буде негативною.

Можна виокремити дві умовні групи осіб: ті, яким відповідне повноваження може бути надане законом, і ті, що є зацікавленими у нікчемному правочині.

До першої групи, вірогідно, можна було б відносити арбітражного керуючого та уповноважену особу при призначенні тимчасової адміністрації для неплатоспроможного банку, яким надано права щодо аналізу укладених боржником договорів. Але і Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [149], і суд [150] стоять на позиції, що право визнавати недійсними або спростовувати майнові дії боржника за договорами, укладеними ним після порушення справи про банкрутство або протягом одного року, що передувало порушенню справи про банкрутство, належить лише господарському суду, хоча і ініціюється арбітражним керуючим або конкурсним кредитором.

Заперечує можливість визнання нікчемним правочину уповноваженою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб і Верховний Суд. У мотивувальній частині постанови від 16 травня 2018 р. у справі № 910/24198/16 ВС підкреслив, що «правочин є нікчемним відповідно до закону, а не наказу Банку, підписаного уповноваженою особою Фонду. Такий правочин є нікчемним з моменту укладення в силу закону (ч. 2 ст. 215 ЦК України та ч. 3 ст. 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб») незалежно від того, чи була проведена передбачена ч. 2 ст. 38 цього ж Закону перевірка правочинів Банку і виданий згаданий наказ. Наслідки нікчемності

правочину також настають для сторін у силу вимог закону. Наказ Банку не є підставою для застосування таких наслідків. Такий наказ є внутрішнім розпорядчим документом Банку, який прийнято особою, що здійснює повноваження органів управління та контролю банку, спрямованим на збереження активів і документації банку та який діє у межах цієї юридичної особи» (п. 68) [151].

Щодо другої групи осіб, то припущення про виникнення у якоїсь сторонньої особи права визнавати договір нікчемним суперечить самій суті нікчемних правочинів як таких, що не створюють жодних правових наслідків, навіть для її сторін, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. Для самих третіх сторін договір може створювати лише права (див. ст. 511 ЦК України, ст. 636 – правочин на користь третьої особи), які, в свою чергу, можуть бути реалізовані лише через здійснення відповідного обов'язку стороною, адже йдеться не про якесь абстрактне право, а про право у відносному правовідношенні. У свою чергу, якщо «сторони нікчемного правочину не зобов'язані виконувати його умови (навіть якщо суд не визнавав його недійсним)» [144], відтак, і право третьої особи не виникне.

Підтверджує такі висновки наступний приклад з судової практики. У постанові ВГСУ від 09.09.2009 у справі № 39/44-09 про стягнення коштів за недійсним правочином колегією суддів зазначено, що «третьою стороною договір поставки, зміст якого становлять права та обов'язки сторін, було визнано нікчемним, однак позивач не надав доказів щодо визнання судом, відповідно до приписів ст. 207 ГК України, даного договору недійсним. Позивач просить стягнути з відповідача все одержане за угодою, яка визнана нікчемною третьою особою, що свідчить про вимогу позивача про застосування правових наслідків недійсної угоди. Наслідки визнання господарського зобов'язання недійсним встановлені ст. 208 ГК України. Оскільки господарське зобов'язання, що укладене між позивачем та відповідачем ні за позовом третьої особи, ні за позовом сторін не було визнане недійсним в судовому порядку, а чинним законодавством третій особі право на визнання господарського

зобов'язання недійсним (нікчемним) не надано, то господарський суд попередніх інстанцій дійшов правомірного висновку щодо відмови позивачу в задоволенні позову» [152].

Підсумовуючи, зазначимо, що застосування такого способу захисту порушеного права, як кваліфікація правочину нікчемним поза рішенням суду є прерогативою виключно сторін. Оскільки визнання правочину недійсним іншими особами не змінює його суті та не дає можливості застосувати наслідки недійсності правочину, то для усіх інших зацікавлених осіб застосування цього способу захисту є можливим виключно у судовому порядку.

4. Визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню. З 01.10.2008, коли Закон України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року був викладений в новій редакції, для суб'єктів господарювання з'явилась ще одна проблема у захисті їх прав: зі ст. 50 було виключено ч. 7, яка містила наступне положення: «Спір про право, оснований на вчиненій нотаріальній дії, розглядається судом у порядку позовного провадження. Спір про визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса розглядається судом за позовом боржника до стягувача». Чинні положення ст. 50 цього Закону встановлюють лише загальне правило, що нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду, а право на оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні, нотаріального акта має особа, прав та інтересів якої стосуються такі дії чи акти [153].

На сьогоднішній день суди, розглядаючи позови про визнання виконавчого напису нотаріуса, таким, що не підлягає виконанню, відмовляють у позові, мотивуючи відсутністю такого способу захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання [154, С. 785].

Так, з певного часу господарські суди притримуються позиції, висловленої, зокрема, у постанові ВГСУ від 22.04.2009 у справі №6/282/08, а саме: з приписів Закону України «Про нотаріат» вбачається, що у разі вчинення

нотаріусом виконавчого напису всупереч приписам законодавства, такі дії нотаріуса оскаржуються до суду і в такому випадку вчинений нотаріусом акт визнається недійсним; враховуючи, що позовні вимоги були обґрунтовані саме посиленням на невідповідність виконавчого напису вимогам закону, Вищий господарський суд України дійшов висновку, що обраний позивачем спосіб захисту не відповідає нормам вищенаведеного законодавства, та визнав правомірною відмову апеляційного господарського суду у задоволенні позовних вимог [155].

Інший приклад: Господарський суд м. Києва у своєму рішенні від 13.12.2010 у справі № 45/305 за позовом Приватної фірми «Борис» до Публічного акціонерного товариства «ОТП Банк» про визнання виконавчого напису нотаріуса, таким, що не підлягає виконанню, відмовив у задоволенні позовних вимог повністю [156].

Також господарські суди відмовляють у задоволенні позову й у разі, якщо позивач просить визнати виконавчий напис нотаріуса недійсним. Наприклад, Господарський суд м. Києва у своєму рішенні від 12.08.2010 по справі № 45/37 за позовом Відкритого акціонерного товариства «Космос» до Українського фонду підтримки підприємництва про визнання виконавчого напису нотаріуса недійсним відмовив в задоволенні позову повністю. Позовні вимоги мотивовані тим, що нотаріус, який вчинив спірний виконавчий напис, припустився порушень законодавства, зокрема: у виконавчому написі не вказано ім'я та по батькові нотаріуса; виконавчий напис вчинено без наявності документів, що підтверджують безспірність заборгованості; виконавчий напис, як виконавчий документ, не містить всіх необхідних реквізитів. У якості підстави для відмови в задоволенні позову господарський суд зазначив невідповідність обраного позивачем способу захисту встановленим законом або договором [157].

Разом з тим, в ч. 4 ст. 29 ГПК України вказано: «Позови до стягувача про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса, можуть пред'являтися також за місцем його виконання» [49]. Вказівка на виокремлення

законодавцем відповідної категорії спорів дає підстави вважати про наявність окремого способу захисту, застосовуваного у рамках відповідного провадження, що забезпечить відновлення порушених прав суб'єкта господарювання. І на підтвердження такого висновку також можна віднайти судові рішення, що свідчать про належність та ефективність такого способу захисту як визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню. Наприклад, Господарський суд Луганської області у своєму рішенні від 02.02.2012 у справі 23/85пн/2011 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Рентал Центр» до ТОВ «Ласка Лізинг», третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на стороні відповідача – Приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу ОСОБА_2, про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню задовольнив позовні вимоги в повному обсязі.

Наведені приклади наочно демонструють ситуацію, коли обмежене правове регулювання, за відсутності ініціативи та свободи вибору у суду способів захисту, продукує широку практику неналежного забезпечення судового захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання. З метою виключення можливості різного застосування Закону України «Про нотаріат» господарськими судами при вирішенні справ даної категорії, доцільно доповнити його ст. 50 частиною 3 наступного змісту: «Виконавчий напис нотаріуса може бути визнаний таким, що не підлягає виконанню повністю або частково».

Видається доречним у рамках дослідження судових способів захисту звернутися і до аналізу питання про правомірність застосування такого способу захисту як *зобов'язання укласти договір поруки на виконання умов мирової угоди*. Відповідні вимоги виникають у випадках, коли сторони, укладаючи мирову угоду у господарському процесі, передбачають її умовами необхідність укладення договору поруки із третьою особою задля забезпечення умов її виконання, проте в подальшому відмовляються це робити.

Відповідно до ст. 192 ГПК України мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на підставі взаємних поступок і має стосуватися лише прав та обов'язків сторін.

Попри формальну схожість, судова практика стоїть на позиції, що «мирова угода не може розглядатись як договір у цивільно-правовому розумінні у позовному провадженні, так як порядок її укладання та затвердження регламентовано відповідними положеннями Господарського процесуального кодексу України» [158].

Взявши за основу цю позицію, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України у Постанові від 17.02.2009 зазначила, що вирішуючи спір про зобов'язання укласти договір поруки на виконання умов мирової угоди, затвердженої судом в процесі справи про банкрутство, і вчинити дії на виконання такого договору, суди не врахували, що вказані вимоги не відповідають способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК України, оскільки це є фактично намаганням вирішити питання з укладення цивільно-правового договору, обов'язковість укладення яких для сторін діючим законодавством не передбачена. Верховний Суд України зазначив, що такий спосіб захисту як зобов'язання до укладання договору поруки суперечить передбаченим ст. 16 ЦК України способам захисту та принципу свободи договору. Враховуючи викладене, ВСУ скасував усі судові рішення у даній справі, а справу направив на новий розгляд до господарського суду першої інстанції [159].

Звичайно, обґрунтувати зобов'язання укласти договір поруки на виконання умов мирової угоди у якості договірною способу захисту не складало б жодних труднощів, якби не загальне заперечення мирової угоди як договору. Тоді укладення договору поруки можна було б розглядати з позицій істотної умови, яка обов'язково мала б бути погоджена сторонами за заявою хоча б однієї із сторін (ч. 2 ст. 638 ЦК України).

У такому випадку, на нашу думку, слід враховувати розуміння мирової угоди у господарському процесі: мирова угода не призводить до вирішення

спору по суті, а сторони у такий спосіб відмовляються від судового захисту та ліквідують наявний правовий конфлікт через самостійне врегулювання розбіжностей на погоджених умовах [160, с. 430]. Важливо, що затвердження мирової угоди судом є правом, а не обов'язком суду, і здійснюється ним лише у випадку, коли суд встановить законність її умов, що виступає підґрунтям розповсюдження на відповідні ухвали правила щодо їх примусового виконання (ч.2, 3 ст. 193 ГПК України). Таким чином, мирова угода є актом, що закріплює нові (трансформовані) права та обов'язки сторін угоди, які є обов'язковими для виконання сторонами.

Розглядаючи досліджувані спори, суд звертає увагу на неприпустимість примушування відповідача до укладення договору поруки з огляду на принцип свободи договору, повністю ігноруючи при цьому інтереси протилежної сторони. При вирішенні конфлікту важливим є дотримання балансу інтересів обох сторін, інакше відмову в примусі особи укласти узгоджений договір поруки слід трактувати як порушення прав кредитора за попередньо компромісним рішенням: відповідач нехтує взятими на себе обов'язками, що створювали б гарантії виконання умов мирової угоди, і суд підтримує такі дії (точніше, відмову від їх здійснення) зобов'язаної особи.

У світлі змін до ГПК України в частині закріплення можливості застосовувати спосіб захисту, який не прямо передбачений законом чи договором, а загалом не суперечить положенням законодавства, видається можливим використовувати будь-який спосіб захисту, що впливає з правовідносин, що склались між сторонами на момент виникнення спору. У даному випадку отримуємо новий наявний спосіб захисту, добровільно погоджений сторонами в мировій угоді, який, за умови гнучкого підходу суду до тлумачення норм законодавства про встановлення ефективних способів захисту, цілком може бути використаний для захисту прав суб'єктів господарювання.

Суб'єкти господарювання, захищаючи свої права та інтереси, часто зазначають в позовних вимогах способи захисту прав, якими встановлюються

юридичні факти. А це не відповідає ст. 20 ГК України та ст. 20 ГПК України, адже можливе лише при вирішенні спору по суті. Прикладів таких позовів багато. В позовах з такими вимогами (з використанням такого способу захисту) господарські суди відмовляють, зважаючи на вимоги діючого законодавства. Але реальні потреби суб'єктів господарювання на встановлення фактів, що мають юридичне значення не можна викреслювати, оскільки це ускладнює повноту та ефективність захисту прав суб'єктів господарювання. Наприклад, у випадках визнання правочину неукладеним або визнання факту належності правовстановлюючих документів суб'єкту господарювання, у випадку розбіжностей в найменуванні в правовстановлюючих документах та виписці про державну реєстрацію суб'єкта господарювання, або визнанні реєстрації суб'єкта господарювання дійсною та в інших випадках.

Зауважимо, що п. 4 ст. 23 Проекту Кодексу господарського судочинства № 2777 від 16.07.2008 передбачав віднесення до компетенції господарських судів «справ про визнання права та встановлення фактів, що не мають ознак спору про право, та мають юридичне значення» [161]. Однак, на думку, Правового управління Верховного Суду України дане положення Проекту Кодексу господарського судочинства № 2777 від 16.07.2008 потребувало доопрацювання, оскільки судова практика розгляду господарських спорів не знає випадків встановлення фактів, що не мають ознак спору про право. Це притаманне цивільному процесу, де заявниками є фізичні особи (наприклад, встановлення року народження, визнання особи безвісно відсутньою тощо) [162].

Дане зауваження Правового управління ВСУ видається необґрунтованим, оскільки судова практика розгляду господарських спорів не знає випадків встановлення фактів тільки тому, що до теперішнього часу такі справи не відносились до підвідомчості (юрисдикції) господарських судів. У той же час судова практика містить багато справ, де позивачі просять господарські суди встановити факти, в тому числі без наявності спору, а їх встановлення призвело б до реального захисту прав суб'єктів господарювання [163, С. 688]. Зазначена

пропозиція тим більш не уявляється такою, що не узгоджується з юрисдикцією господарських судів, в світлі триваючої уніфікації господарського, цивільного та адміністративного процесів та уведення до підвідомчості господарських судів справ, у яких відсутній спір про право і які наразі розглядаються в порядку наказного провадження (див., Розділ II ГПК України «Наказне провадження»).

Отже, для задоволення потреб суб'єктів господарювання і забезпечення належного захисту їх прав та законних інтересів необхідно внести зміни до ст. 20 ГПК України, доповнивши пунктом 17 частину 1: «встановлення фактів, що мають юридичне значення», і таким чином дозволити господарським судам розглядати справи в порядку окремого провадження про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

2.3. Несудові та змішані способи захисту прав суб'єктів господарювання

Поділ способів захисту на несудові та змішані здійснюється відповідно до порядку їх застосування та переліку осіб, уповноважених їх реалізовувати.

Відповідно, ряд способів захисту, що можуть бути первісно застосовані в порядку, визначеному законом, безпосередньо учасниками господарських правовідносин або у разі відмови іншої сторони від їх добровільного застосування – через звернення до господарського суду, відносяться до *несудових* способів захисту. До такої групи способів захисту входять більша частина господарських санкцій та окремі способи, передбачені законом чи договором.

Позасудовий порядок певною мірою охороняє інтереси не тільки позивача, а й відповідача, оскільки він сприяє задоволенню вимог в добровільному порядку та дає змогу, таким чином, уникнути непередбачених додаткових витрат. У тих випадках, коли сторони безпосередньо не

врегулювали господарський спір, він передається на вирішення до юрисдикційного органу (суду), до компетенції якого віднесено його вирішення [164, с. 114-115].

Визначальною характеристикою несудових способів захисту є самостійне, на власний розсуд суб'єкта господарювання визначення того способу захисту, до вжиття якого він буде вдаватися, захищаючи своє право чи законний інтерес. Основна вимога для несудового захисту прав – дотримання вимог закону чи договору, якими передбачене застосування конкретного способу. Невдале застосування цього порядку дозволяє включити процесуальний механізм застосування обраного способу захисту судом.

На противагу несудовим, для змішаних (в т.ч. адміністративних) способів захисту взагалі не передбачено їх самостійного застосування суб'єктами господарювання: якщо у законодавстві відсутня спеціальна процедура вжиття певного способу захисту, його застосування видається неможливим через обмеження повноважень державних органів або органів місцевого самоврядування.

Як і будь-яка класифікація, запропонований поділ носить умовний характер та може допускати дискусійність щодо віднесення окремих способів захисту до тієї чи іншої групи, проте здатен внести ясність у побудову логічної системи способів захисту, передбачених законодавством або договором чи таких, що не суперечать чинному законодавству, допустимі підстави та порядок їх застосування із визначенням меж втручання уповноважених органів у захист прав та законних інтересів суб'єктів господарювання.

I. Несудові способи захисту.

1. Відшкодування збитків як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання застосовується, якщо учасник господарських правовідносин порушив господарське зобов'язання або установлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності. У цьому разі виникає обов'язок щодо відшкодування завданих цим збитки суб'єкту господарювання, права або законні інтереси якого порушено. Під відшкодуванням збитків традиційно розуміють

відновлення майнового стану суб'єкта господарювання за рахунок майна (коштів) іншого суб'єкта – правопорушника. Даний спосіб захисту є універсальним (застосовується в публічних та приватних відносинах, договірних та позадоговірних). Однак при його застосуванні виникають труднощі у факті наявності збитків, їх обсягів, необхідно довести наявність протиправної поведінки особи, що заподіяла збитки, причинний зв'язок між протиправною поведінкою та заподіяними збитками, а також вину порушника (питання доведення вини порушника постає у тих випадках, коли він намагається довести відповідно до ч. 2 ст. 218 ГК України наявність підстав, що виключають його відповідальність) [165, с. 394-395].

Як зазначається в літературі, відшкодування збитків є найбільш оптимальним засобом захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання. Систематична реалізація цього засобу негайно діє на контрагента. Підприємства, які активно використовують санкцію відшкодування збитків, компенсують не тільки понесені збитки, а й дисциплінують постачальників суворо дотримуватися зобов'язання за договором. Подання позову про відшкодування збитків компенсує втрати, а також здійснює відповідний вплив на порушників [166, с. 38].

Відповідно до ст. 225 ГК України до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

На думку Р. Мосейчук відсутність сучасної методики визначення розміру відшкодування збитків є однією з проблем, які виникають при такому

відшкодуванні. Крім того, до труднощів відшкодування збитків відноситься неналежна організація роботи з відшкодування збитків та некомпетентність юристів у питаннях стягнення збитків [166, с. 38]. Ці обставини значно ускладнюють застосування даного способу захисту прав суб'єктів господарювання. Для запобігання проблемам, які можуть виникнути у зв'язку з цим, ГК України передбачає можливість сторонам господарського зобов'язання за взаємною згодою заздалегідь визначити погоджений розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок залежно від обсягу невиконання зобов'язання чи строків порушення зобов'язання сторонами. Проте таке погодження не допускається щодо обмеження відповідальності, якщо розмір відповідальності для певного виду зобов'язання визначений законом.

Як зазначається в літературі, вибір такого варіанта визначення розміру відшкодування збитків має ряд істотних переваг, і перш за все тому, що потерпілий суб'єкт господарювання, вказавши у договорі їх розмір у твердій сумі, звільняється від обов'язку доказувати дійсний розмір своїх збитків [167, с. 368]. Недоліком даного способу є те, що в ГК України не передбачено випадку, коли розмір збитків, які погоджені сторонами у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок, значно перевищують розмір фактичних збитків, які зазнала постраждала сторона або, навпаки, є значно меншим від нього. Виходячи з діючих норм, повинен бути застосований розмір, передбачений договором.

Однак це, на наш погляд, не зовсім відповідає змістові відшкодування збитків, який, на думку В.В. Вітрянського, полягає у тому, що в результаті такого відшкодування майно кредитора повинно виявитися в тому становищі, в якому воно знаходилося б у випадку, якби боржник виконав зобов'язання належним чином [168, с. 641]. Тому доцільно відобразити в ГК України положення про можливість зміни такого розміру збитків за рішенням суду, якщо він істотно відрізняється від розміру фактично завданих збитків. При цьому до уваги може також братися ступінь виконання зобов'язання

боржником, причини невиконання та заходи, вжиті боржником для належного виконання та інші обставини, що мають істотне значення.

Таким чином, господарське законодавство України регулює відшкодування збитків дещо відмінно від цивільного законодавства та міжнародних актів. В частині випадків такі відмінності слід розглядати як досягнення. Проте, ГК України містить також і деякі недоліки, усунення яких позитивно вплине на розвиток господарських відносин в Україні.

2. Права та законні інтереси суб'єктів господарювання захищаються і шляхом застосування такого способу захисту, як *штрафні санкції*.

Проблеми, що виникають у сфері правового регулювання та в процесі застосування штрафних санкцій не є суто теоретичними, а мають неабияке практичне значення, зважаючи на специфіку господарсько-правових відносин (свобода підприємницької діяльності, самостійність у виборі напрямів і методів роботи, свобода договору тощо). В законодавстві існує низка прогалин та лазівок для відстоювання інтересів тих чи інших зацікавлених груп або окремих осіб при їх застосуванні. Саме це суперечить головним принципам права будь-якої країни, а саме верховенства права, законності, рівності всіх перед законом та справедливості. Так, окремі норми створюють можливість використання штрафних санкцій в інтересах лише однієї сторони, або не як компенсаційних санкцій, направлених на відновлення майнового стану, а як каральних. Така деформація призводить до порушення рівності суб'єктів господарювання, прав та законних інтересів іншої сторони договору, що є неприпустимим. Вирішення даної проблеми є актуальним і важливим завданням, оскільки від цього залежить створення рівних та безпечних умов здійснення господарської діяльності, повноцінний захист прав суб'єктів господарювання і стабілізація соціально-економічного становища [169, С. 46].

Відповідно до ч. 1 ст. 230 ГК України, штрафними санкціями визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми, яку учасник господарських відносин зобов'язується сплатити в разі порушення ним правил здійснення

господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання.

В.П. Грибанов істотною ознакою штрафних санкцій виділяє їх незалежність від збитків. Причому, на його думку, незалежність ця полягає в тому, що штрафні санкції стягуються незалежно від того, чи буде взагалі пред'явлено позов про збитки, незалежно від того, чи виникли взагалі збитки у потерпілої сторони і в якому розмірі, а в ряді випадків, прямо передбачених законом або договором. Ця незалежність виражається у стягненні штрафних санкцій взагалі понад збитки, що відшкодовуються потерпілому [170]. Таким чином, штрафні санкції можуть стягуватися у будь-якому випадку при порушенні договірних зобов'язань.

За загальним правилом розмір штрафних санкцій передбачається законом чи договором. Пріоритет у визначенні розміру санкцій надається закону. І лише в тих випадках, коли розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором (ч. 4 ст. 231 ГК України) [171, с. 290]. Згідно з буквальним тлумаченням ч. 1 ст. 231 ГК України, сторони не можуть зменшувати чи збільшувати розмір санкцій, які імперативно встановлені законом, або домовитися про те, що передбачені законодавством штрафні санкції не застосовується до відповідного зобов'язання. Така умова договору є недійсною. Необхідно зазначити, що ГК України не містить заборони змінювати розмір штрафних санкцій за порушення господарських зобов'язань.

На думку О.П. Подцерковного, правильність точки зору щодо неможливості зміни розміру штрафних санкцій, які встановлені законом, підтверджується ч. 4 ст. 231 ГК України про те, що «у випадку якщо розмір штрафних санкцій законом не визначений, санкції застосовуються у розмірі, передбаченому договором». «Виходить, що розмір штрафних санкцій, точно визначений у законі не може бути не тільки зменшений, але навіть збільшений за угодою сторін. Це положення відрізняє штрафні санкції від інших заходів відповідальності згідно з ч. 5 ст. 225 ГК України» [172, с. 333].

Позиція фахівців щодо встановлення в господарських договорах штрафних санкцій за порушення грошових зобов'язань в розмірах, які перевищують передбачений законом межі, базується на п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України – на принципі свободи договору. Але свобода договору, як і будь-яка інша свобода, повинна мати свої межі. Для суб'єктів господарювання такими межами є норми ГК України, Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22.11.1996 та інші. Так, ст. 3 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» встановлено, що розмір пені обчислюється від суми простроченого платежу та не може перевищувати подвійної облікової ставки НБУ, що діяла у період, за який сплачується пеня. На протидію нормам ЦК України, ч. 1 ст. 231 ГК України закріплює імперативні норми, відповідно до яких законом стосовно окремих видів зобов'язань може бути встановлений розмір штрафних санкцій, змінення якого за згодою сторін не припускається. Але, крім цього, ч. 4 ст. 231 ГК України регламентує наступне: якщо розмір штрафних санкцій законом не визначений, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому в договорі. Таким чином, ГК України та інші акти господарського законодавства, на відміну від ЦК України, у певних випадках обмежують можливості суб'єктів господарювання самостійно визначати розмір штрафних санкцій.

Відповідно до ч. 2 ст. 4 ГК України особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються цим Кодексом. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 175 ГК України, майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються ЦК України з урахуванням особливостей ГК України. Тому, для договірних зобов'язань господарюючих суб'єктів норми ГК України є спеціальними і пріоритетними відносно аналогічних норм ЦК України. Так, у ч. 2 ст. 231 ГК України встановлене загальне правило щодо розміру відповідальності у разі порушення господарського зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, або

порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту. Відповідно до абз. 3 п. 2 Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 15.03.2011 № 01-06/249 застосування до боржника, який порушив господарське зобов'язання, штрафної санкції, передбаченої абзацем 3 ч. 2 ст. 231 ГК України, допускається за сукупності таких умов: якщо інший розмір певного виду штрафних санкцій не передбачений договором або законом; якщо, між іншим, порушено господарське зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки; якщо допущено прострочення виконання негрошового зобов'язання, пов'язаного з обігом (поставкою) товарів, виконанням робіт, наданням послуг, з вартості яких і вираховується у відсотковому відношенні розмір штрафу (постанови від 06.12.2010 № 42/563; від 20.12.2010 № 06/113-38) [173]. Тобто, якщо виходити з наведеної позиції ВГСУ, у випадку, якщо в договорі не буде визначено розмір відповідальності сторін, в якому одна сторона договору належить до державного сектора економіки, то законодавчо захищені тільки права однієї сторони – суб'єкта, що належить до державного сектора економіки, а це порушує принципи рівності та справедливості. Виникнення такої ситуації зумовлювалось відсутністю у договорах, які укладались суб'єктом господарювання державного сектора економіки, через процедуру конкурсних торгів особливих умов щодо відповідальності за порушення договорів про закупівлю. Дійсно, ані розділ 6 «Договір про закупівлю» Закону України «Про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти» від 22.02.2000 (втратив чинність), ані розділ 9 «Договір про закупівлю» Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 (втратив чинність) таких положень не містили. Особливих умов не містить і діюча редакція Закону України «Про публічні закупівлі» [174].

Так, наприклад, відповідно до Рішення господарського суду м. Києва від 15.11.2010 у справі № 11/44615.11.10 за позовом ТОВ «Компанія «ТІТАЛ» до

Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи про стягнення заборгованості, а саме: основного боргу, 3 % річних, інфляційних втрат, пені та штрафу, суд не дивлячись на встановлення судом факту неналежного виконання відповідачем (Міністерством) свого зобов'язання по сплаті поставленої та отриманої продукції, позов було задоволено частково. Вимоги про стягнення 0,1 % пені та 7 % штрафу на підставі ст. 231 ГК України задоволенню не підлягають. Встановлені ч. 2 ст. 231 ГК України санкції є відповідальністю, яка настає в силу закону, і, виходячи з конструкції даної норми, спрямована на захист інтересів тих учасників господарських відносин, які приймають на себе зобов'язання за рахунок державних коштів. У той же час, позивач не є суб'єктом господарювання, який фінансується за рахунок державних коштів, у зв'язку з чим підстави для стягнення з відповідача на користь позивача пені та штрафу в порядку ч. 2 ст. 231 ГК України відсутні [175]. Постановою Верховного Суду України від 15.05.2012 дане рішення було залишено без змін. Аналогічні висновки викладені і у Постанові ВГСУ від 26.07.2011 у справі № 7/484 [176].

Як бачимо, суд відмовив в задоволенні позову щодо стягнення штрафних санкцій, оскільки договором не передбачена відповідальність у вигляді їх сплати, а це порушує принципи рівності та справедливості, що негативно відображається на господарській діяльності. Водночас, ВГСУ у Постанові № 35/194-06 від 30.11.2006 зазначив, що нарахування штрафної санкції у розмірі подвійної облікової ставки НБУ, у випадку не зазначення сторонами розміру штрафних санкцій в договорі (що свідчить про не досягнення домовленості щодо розміру штрафних санкцій), відповідає вимогам ГК України і є правомірним [177].

Відповідно до ст. 179 ГК України сторони визначають зміст договору на основі вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству, в тому числі і визначати, чи застосовувати штрафні санкції і в якому розмірі. Однак ч. 3 ст.

216 ГК України передбачено, що потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі. А ст. 627 ЦК України передбачено, що сторони при визначенні умов договору враховують звичаї ділового обороту, вимоги розумності та справедливості. Однак на практиці зустрічаються договори, в яких може бути зазначено: «Сторони домовились, що погоджений розмір збитків, а також неустойки, який підлягає відшкодуванню Замовником за несвоєчасність грошових розрахунків не може бути більшим за суму заборгованості скоригованої на офіційний індекс інфляції за відповідний період (час прострочення). Відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК України та ч. 6 ст. 231 ГК України Сторони встановили інший розмір процентів для Замовника: 0 (нуль) процентів». Невстановлення санкцій у договорі або встановлення санкцій у розмірі 0% для однієї зі сторін не заборонено законодавством, але фактично унеможлиблює забезпечення виконання зобов'язань та порушує принцип рівності учасників господарських правовідносин. В даному випадку не порушується буква закону, але порушується дух закону [169, С. 48] – замість обґрунтованої, справедливої відповідальності за неналежне виконання договору сторону орієнтують на допустиме безвідповідальне порушення його умов. Видається, що така умова договору, яка, лише на перший погляд не порушує норм законодавства, роблячи кредитора незахищеним у зобов'язанні, насправді суперечить основним засадам господарської відповідальності та її розумінню як *обмежень* для порушника майнового чи організаційного характеру. Суперечить така умова і принципу правової визначеності – кредитор, узгоджуючи механізм захисту своїх прав у разі порушення, практично не отримує жодної гарантії належного виконання обов'язку боржником, тим самим створюючи лише видимість відповідальності. У зв'язку з цим, доцільно передбачити в ч. 3 ст. 216 ГК України серед принципів господарсько-правової відповідальності наступне положення: «, умови господарського договору щодо встановлення розміру штрафних санкцій не можуть ставити сторін договору у нерівне становище, порушуючи баланс їх майнових інтересів».

У тому ж випадку, якщо в договорі зазначено, що сторони за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором несуть матеріальну відповідальність відповідно до вимог чинного законодавства, то сторона, права якої порушені, повинна отримувати відшкодування на підставі ч. 3 ст. 216 ГК України, згідно з якою потерпіла сторона має право на застосування до іншої штрафних санкцій незалежно від того, чи є застереження про це в договорі. Що ж до визначення розміру таких санкцій, то обґрунтованим видається застосування висновків, викладених у Постанові ВГСУ № 35/194-06 від 30.11.2006 (див. вище).

Ч. 5 ст. 231 ГК України передбачає, що у разі недосягнення згоди між сторонами щодо встановлення та розміру штрафних санкцій за порушення зобов'язання спір може бути вирішений в судовому порядку за заявою заінтересованої сторони. Але практична реалізація цього положення має ряд недоліків: втрата значної кількості часу для розгляду судових спорів щодо кожного окремого договору, низький рівень передбачуваності кінцевого результату, пов'язаний з недоліками судової системи в Україні, проблеми на етапі виконання судових рішень, відмова від укладання або виконання договорів в майбутньому тощо.

Отже, недостатньо чітке та неповне формулювання у законодавстві положень щодо розміру штрафних санкцій тягне за собою неоднозначне їх розуміння, застосування на практиці та може призводити до порушення принципів рівності, справедливості, правової визначеності тощо. Як наслідок, суб'єкти господарювання, юристи та суди неоднаково трактують одні і ті ж норми законодавства, що призводить до неоднакового застосування норм, перегляду судових рішень, затягування процесу розгляду (вирішення) справ та захисту прав суб'єктів господарювання [169, С. 49].

У зв'язку з необхідністю створення умов для належного захисту прав та законних інтересів всіх суб'єктів господарювання доречно внести наступні зміни до ст. 216 ГК України, доповнивши ч. 3 абзацом 4 такого змісту: «умови господарського договору щодо встановлення розміру штрафних санкцій не

можуть ставити сторін договору у значно нерівне становище, порушуючи баланс їх майнових інтересів» та ст. 231 ГК України доповнити частиною 8: «8. У разі, якщо інше не передбачено законом або договором, за порушення виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі подвійної облікової ставки НБУ за кожен день прострочення» [169, С. 49].

Таке доповнення, на нашу думку, призведе до позитивних змін в захисті прав суб'єктів господарювання, та позбавить можливості суди та суб'єктів господарювання по-різному визначати розмір та застосовувати штрафні санкції у випадку, не визначення їх у договорі.

Важливо, що штрафні санкції застосовуються лише у договірних відносинах. Ані Конституція України, ані закони України не передбачають загального правила про те, що штрафна санкція має застосовуватись виключно на основі рішення суду. Звісно, необхідно зважити на ст. 1071 ЦК України, яка закріпила правило про виключно судовий порядок списання коштів із банківського рахунку (за відсутності шкоди клієнта). Хоча у ряді випадків із міркувань практичної доцільності повноваження із застосування штрафної санкції варто покласти саме на суд. Такий порядок накладання штрафу слід використати, зокрема, при регулюванні тих сфер економіки, в яких функціонує значне число неплатоспроможних суб'єктів господарювання. Тому, на думку О. Крупчака та В. Перепелюка, «з метою забезпечення оперативності притягнення до відповідальності право застосування штрафних санкцій має бути надане безпосередньо суду, інакше адміністративний орган, що накладатиме стягнення, у процедурі притягнення суб'єкта господарювання до відповідальності буде неефективною, зайвою ланкою» [178, С. 54-55]. Але такий підхід суперечить реальній господарській практиці та фактично унеможливорює мирове вирішення спорів щодо стягнення штрафних санкцій.

Для подолання цієї проблеми, можливо, доцільно запозичити досвід судового дозволу на добровільне виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу відповідно до ст. 480 ЦПК України, що здійснюється у добровільному та спрощеному порядку. Аналогічні процедури доцільно було б

зробити щодо стягнення збитків. Крім іншого, такі новели сприяли б виконанню приписів валютного законодавства, адже в сучасних умовах виконати відповідне рішення боржника щодо добровільної сплати штрафних санкцій для запобігання судового чи арбітражного розгляду, неможливо, позаяк Закон України «Про валюту та валютні операції» не передбачає такої можливості.

Отже, важливо запровадити у наказному провадженні процедури розгляду господарськими судами заяв про добровільну сплату штрафних санкцій та збитків у сфері господарювання.

Це дозволило би зняти питання законності та відсутності тіньових ризиків при добровільному виконанні суб'єктом господарювання претензій щодо стягнення штрафних санкцій у господарських відносинах, забезпечило б більшу ефективність відповідного способу захисту порушених господарських прав.

3. За порушення господарських зобов'язань до суб'єкта господарювання та інших учасників господарських відносин може бути застосований такий спосіб захисту прав, як *оперативно-господарські санкції*. Під таким санкціями ГК України розумієтакі, що використовуються самими сторонами в односторонньому порядку заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження порушень зобов'язання. При цьому ГК України встановлює вагоме обмеження на шляху свободи застосування таких санкцій – до суб'єкта господарювання, який порушив зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативно-господарські санкції, застосування яких передбачено договором. Випадки таких способів захисту також особливі тим, що застосовуються незалежно від вини суб'єкта, що порушив господарське зобов'язання.

У господарських договорах сторони можуть передбачити використання, згідно зі ст. 236 ГК України, зокрема, таких видів оперативно-господарських санкцій, як одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною, із звільненням її від відповідальності за це – у разі

порушення зобов'язання другою стороною; відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони; відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, яка порушує зобов'язання тощо.

Перелік оперативно-господарських санкцій, встановлений у частині першій ст. 236 ГК України, не є вичерпним. Сторони можуть передбачити у договорі також інші оперативно-господарські санкції, наприклад, у кредитному договорі може бути передбачено право кредитора зменшити чергову суму кредиту, якщо боржник несвоєчасно відзвітовує про використання попереднього траншу.

Позасудовий характер такого способу захисту впливає з його природи та, по суті, запроваджує елемент самотійного вирішення спірних відносин у сфері господарювання, дозволяє уникати тривалих та коштовних судових розглядів на користь примусової дії управленої сторони та на шкоду господарському правопорушнику.

4. Ч. 2 ст. 20 ГК України передбачений такий спосіб захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, як *установлення, зміна і припинення господарських правовідносин* (в ч. 2 ст. 16 ЦК України окремо названі лише зміна правовідношення і припинення правовідношення).

Установлення господарського правовідношення як спосіб захисту права суб'єкта господарювання може застосовуватися, наприклад, при спонуканні іншої сторони до укладення господарського договору (в тому числі основного договору – ч. 3 ст. 182 ГК України, державного контракту – ч. 4 ст. 183 ГК України тощо). Такий спосіб може бути застосований суб'єктами господарювання щодо договорів енергопостачання та інших публічних договорів, оренди державного чи комунального майна тощо.

Одним із способів захисту є зміна правовідносин, яка в договірних відносинах трансформується в зміну договірного зобов'язання і фактично полягає у зміні умов укладеного сторонами договору. З метою забезпечення стабільності договірних відносин законодавець встановив, що зміна умов

договору, як правило, допускається лише за згодою сторін (ч. 1 ст. 188 ГК України). Зміна умов договору може створити додаткові або припинити існуючі права та обов'язки боржника і кредитора, перенести строк чи змінити місце виконання, змінити спосіб виконання тощо. Тому на практиці суб'єкти господарювання вдаються до зміни саме тих умов договору, збереження яких порушує (порушило, порушуватиме) їх суб'єктивні права. Шляхом зміни умов договору суб'єкти господарювання за взаємною згодою, без звернення до судових органів обирають і формулюють оптимальні, на їхню думку, правила поведінки, забезпечуючи тим самим самозахист прав від їх порушення. Не підлягає сумніву, що зміна умов договору може здійснюватися і з метою недопущення порушення прав сторін договору в майбутньому, але у такому разі, очевидно, слід говорити не про захист, а про охорону прав. Застосування зміни і припинення договірних правовідносин (договірного зобов'язання) як способів захисту прав суб'єктів господарювання дає можливість сторонам договору максимально ефективно використовувати принцип свободи договору, керуючись при цьому також принципами справедливості, добросовісності та розумності.

Певна проблема виникає у випадку, коли за посередницьким договором виконавці (наприклад, агенти) домовляються про зміни умов договору безпосередньо з отримувачами товарів чи продукції, які не є стороною в договорі з ними. Таке слід вважати недійсним, оскільки договір може змінюватись або розриватись лише сторонами, які його підписали [179].

Спірні питання, що виникають між сторонами у зв'язку зі зміною або розірванням договору, можуть передаватися у встановленому порядку на вирішення до господарського суду. Якщо судовим рішенням договір змінено або розірвано, договір вважається зміненим або розірваним з дня набрання чинності даним рішенням, якщо іншого строку набрання чинності не встановлено за рішенням суду.

Наприклад, Господарський суд Хмельницької області по справі № 12/17/5025/557/11 розглянув матеріали за позовом ВАТ

«Старокостянтинівський спеціалізований кар'єр» до ПАТ «ВТБ Банк» Хмельницька філія ВАТ ВТБ Банк м. Хмельницький до Товариства з обмеженою відповідальністю «Союз Транс Лайн» про визнання договору поруки №12-2008/09 від 26.03.2008 таким, що припинив свою дію з 01.10.2008. Відповідач 1 зазначив, що «у заявлених позивачем вимогах він просить захистити свої права у спосіб – визнання неукладеним договору, який не передбачений Цивільним та Господарським кодексами України. Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом. ЦК та ГК України не встановлено такий спосіб захисту права, як визнання правовідносин припиненими, тим більше зазначеними правовими нормами не передбачено такого способу захисту права та інтересу, як визнання припинення договору з конкретної дати. Виходячи із вищенаведеного, у позові ВАТ «Старокостянтинівський спеціалізований кар'єр» про визнання договору поруки №12-2008/09 від 26.03.2008, укладеного між ВАТ ВТБ Банк, який в подальшому змінив своє найменування на ПАТ ВТБ Банк, ТОВ «Союз Транс Лайн» та ВАТ «Старокостянтинівський спеціалізований кар'єр», таким, що припинив свою дію з 01 жовтня 2008 р. належить відмовити» [180].

У даному випадку суд відмовив в задоволенні позову про визнання договору припиненим, оскільки такий спосіб захисту не передбачено чинним законодавством. Але ж ч. 2 ст. 20 ГК України передбачено такий спосіб захисту як установлення, зміна, припинення господарських правовідносин. Суд в даному випадку міг просто припинити договір, щоб захистити права суб'єкта господарювання, або ж у відповідності до ст. 188 ГК України розірвати господарський договір.

Як вірно зазначають деякі автори, «інститути розірвання та відмови від виконання господарських договорів мають єдину правову природу – припинення договірних відносин, проте відрізняються за способами їх здійснення. Якщо розірвання договору – це спосіб припинення договірних відносин шляхом звернення правомочної особи до зобов'язаної, то відмова від

договору – це спосіб припинення договірних зобов'язань правомочною особою в односторонньому порядку. Відмова від виконання договору (зобов'язання) є одним з видів оперативно-господарських санкцій (п. 1 ч. 1 ст. 236 ГК України)» [181].

Як видається, зазначену відмову слід тлумачити у якості спеціальної норми відносно загальної конструкції відмови від правочину, передбаченого ст. 214 ЦК України. Обидва випадки можна розглядати в рамках механізму самозахисту цивільних прав суб'єктів господарювання, проте підстави для їх застосування істотно різняться: для застосування відмови як оперативно-господарської санкції необхідним є її наявність серед умов договору, в той час як ч. 1 ст. 214 ЦК України не містить умов, за яких зацікавлена особа не може відмовитись від одностороннього правочину. В силу обмеженої практики використання таких правочинів у сфері господарювання слід визнавати необґрунтованим використання цього способу захисту (загальної відмови), який може тягнути порушення права іншої особи і, відповідно, необхідність їх захисту.

Проте, вказана стаття ЦК України не має обмежень щодо відмови від правочину залежно від його дійсності: сторони можуть відмовитись як від дійсного, так і від недійсного правочину. Пластичність ст. 214 ЦК України може бути використана для відмови від правочину, який має ознаки недійсного оспорюваного правочину, а також нікчемного правочину, який має видимість дійсного правочину. Норми про відмову від правочину можуть виконувати функцію інституту заяви про недійсність оспорюваного правочину, передбаченого Німецьким цивільним уложенням [182]. Як наслідок, виконання реституційного зобов'язання може мати місце і на добровільній договірній основі.

5. Як окремий спосіб захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, ст. 20 ГК України виділяє *припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення* (наприклад, частини 1,3 ст. 29 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»), хоч у ряді випадків такий

спосіб може кваліфікуватися як один із видів адміністративно-господарських санкцій (ст.ст. 244, 245, 246 ГК України).

В.К. Мамутов зазначав, що даний спосіб є тим шляхом захисту, до якого слід звертатися перш за все. Чим раніше будуть припинені незаконні дії порушників, тим меншою буде завдана порушенням шкода [183, с. 41]. Однак, не можна говорити про широке застосування другої частини зазначеного способу захисту, а саме «припинення дій, що створюють загрозу порушення прав».

Припинення дій, що порушують право як спосіб захисту прав може існувати у відокремленому вигляді чи застосовуватися разом з іншими способами (стягнення збитків, самостійне стягнення штрафних санкцій тощо). Разом із тим, наприклад, суб'єкт господарювання може вимагати припинення поширення про нього інформації, яка завдає шкоди його репутації, без компенсації нанесених таким поширенням збитків.

6. *Відновлення становища, яке існувало до порушення права.* Даний спосіб захисту прав суб'єктів господарювання має найбільш загальний характер, адже спрямований не лише на припинення самого правопорушення, але й на усунення його наслідків. А застосовуватися може по природі поряд із іншими способами захисту.

Наприклад, Господарський суд Одеської області по справі № 27/17-1749-2011 р. розглянув позов Інституту проблем ринку та економіко-екологічних досліджень Національної Академії наук України до відповідача Закритого акціонерного товариства «Одеська кіностудія» про визнання незаконними дій та зобов'язання виконати певні дії. «Суд встановив: 10 листопада 2005 року між Одеською кіностудією художніх фільмів (основний споживач) та Інститутом проблем ринку та економіко-екологічних досліджень НАН України (субспоживач) укладено договір про спільне використання технологічних мереж основного споживача, згідно умов якого основний споживач зобов'язується забезпечити передачу електричної енергії в межах величин, дозволених субспоживачу до використання, а субспоживач – своєчасно

сплачувати за використання електричної мережі, отримані послуги. Приймаючи до уваги, що законом не передбачений такий спосіб захисту цивільних прав та інтересів як визнання незаконними (неправомірними) дій юридичної особи, у задоволенні позову в частині визнання незаконними дій Закритого акціонерного товариства «Одеська кіностудія» щодо відключення позивача від електропостачання з 21.04.2011 – слід відмовити. Таким чином, 11.07.2011 суд вирішив: 1. В частині позовних вимог Інституту проблем ринку та економіко-екологічних досліджень НАН України про зобов'язання Закритого акціонерного товариства «Одеська кіностудія» відновити електропостачання Інституту проблем ринку та економіко-екологічних досліджень НАН України за договором про спільне використання технологічних мереж №1 від 10.11.2005 провадження у справі – припинити. 2. У задоволенні решти позову Інституту проблем ринку та економіко-екологічних досліджень НАН України – відмовити» [184]. В цій справі, як видається, повинні були бути використані інші способи захисту, а саме: припинення дій, що порушують право – відключення енергії, та відновлення становища, що існувало до порушення прав та інтересів суб'єктів господарювання – підключення до постачання електроенергії.

7. Примусове виконання обов'язку особи в натурі як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання традиційно іменують ще й примусом до реального виконання. За цим способом захисту кредитор примушує боржника реально виконати обов'язки, взяті ним на себе у силу договору [185] чи іншої підстави виникнення зобов'язання (наприклад, у силу публічної обіцянки винагороди). Отже, характерною особливістю цього способу захисту є така ознака, як наявність зобов'язальних правовідносин між його учасниками - суб'єктами господарювання.

По суті, реальне виконання має за мету надати кредитору те благо, на яке первісно розраховував кредитор за умови належного та своєчасного виконання зобов'язання боржником. Єдиний негативний вплив на боржника – можливість примусу до виконання конкретних дій, від виконання яких він ухиляється, без

жодних додаткових утисків та витрат. Відповідно, і належним, ефективним цей спосіб захисту для кредитора може стати лише у наявності зацікавленості в отриманні первісно встановлених договором благ-результатів (товарів, робіт, послуг), а якщо інтерес до них втрачений – ефективне відновлення порушеного права може бути досягнуто шляхом застосування інших, компенсаторних способів захисту.

Змішані способи захисту.

Серед особливостей змішаних способів захисту слід підкреслити їх обумовленість правотворчими та правореалізаційними чинниками зовнішнього вираження владно-імперативної діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, що знаходить свій прояв у виданні індивідуальних актів управління. Зазначені акти, видані на підставі законодавства та в межах компетенції уповноважених органів, складають зміст управлінської діяльності та спрямовані на досягнення мети захисту суб'єктів господарювання. Вони охоплюють застосування численних способів захисту – оскарження окремих актів, заборону вчинення певних дій чи їх зупинення, здійснення контрольних заходів, способів захисту права власності та інших речових прав тощо.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 398 Митного кодексу України правовласник, який має підстави вважати, що під час переміщення товарів через митний кордон України порушуються чи можуть бути порушені його права на об'єкт права інтелектуальної власності, має право подати до центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, заяву про сприяння захисту належних йому майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності шляхом внесення відповідних відомостей до митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону. Проте, у разі наявності достатніх підстав вважати, що внаслідок переміщення через митний кордон України товарів, щодо яких правовласником не подано заяву про сприяння захисту належних йому майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності, можуть бути порушені такі права, орган доходів і зборів може за

власною ініціативою призупинити митне оформлення зазначених товарів (ч. 1 ст. 400 Митного кодексу України) [186].

Достатньо поширеним способом захисту є застосування *адміністративно-господарських санкцій*, які можуть бути застосовані спеціально уповноваженими органами держави або місцевого самоврядування до суб'єктів господарювання за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності. Адміністративно-господарські санкції заходи мають характер організаційного або майнового характеру впливу за положеннями глави 27 ГК України та спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків. Адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені виключно законами. При цьому підстави та порядок застосування різних видів адміністративно-правових санкцій передбачені численними законами України «Про банки і банківську діяльність», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності», «Про захист економічної конкуренції», іншими законами, а також ГК України.

Характерними рисами таких способів захисту прав суб'єктів господарювання як адміністративно-господарські санкції є наступні:

- застосовуються у вертикальних відносинах;
- підстави застосування передбачені в законі (в т. ч. гл. 27 ГК України);
- застосовуються судом або за рішенням відповідних компетентних органів;
- спеціальний строк застосування: протягом шести місяців з дня виявлення правопорушення, але не пізніше ніж через один рік з дня порушення, якщо інше не передбачено спеціальними законами (зокрема, підвищені строки встановлені Податковим кодексом України щодо стягнення недоїмки по податкам та зборам, іншим податковим зобов'язанням, визначеним фіскальним органом у встановленому порядку [165, с. 399].

У ст. 239 ГК України визначено види адміністративно-господарських санкцій: вилучення прибутку (доходу); адміністративно-господарський штраф; стягнення зборів (обов'язкових платежів); застосування антидемпінгових заходів; припинення експортно-імпортних операцій; застосування індивідуального режиму ліцензування; зупинення дії ліцензії (патенту) на здійснення суб'єктом господарювання окремих видів господарської діяльності; обмеження або зупинення діяльності суб'єкта господарювання; скасування державної реєстрації та ліквідації суб'єкта господарювання. Даний перелік не є вичерпним. У главі 28 ГК України та деяких Законах України передбачено інші види адміністративно-господарських санкцій. Наприклад, ст. 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачає такі види адміністративно-господарських санкцій, як примусовий поділ суб'єкта господарювання, скасування дозволу на узгоджені дії та інші.

Серед проблемних питань стосовно видів адміністративно-господарських санкцій у науковій літературі відмічаються, наприклад, включення до ст.239 ГК України тих санкцій, які взагалі не передбачені спеціальними законами, зокрема, призупинення дії ліцензії, у той час, як в спеціальному Законі України «Про ліцензування видів господарської діяльності» (як і в його попередній редакції) така санкція не передбачена – у ст. 16 мова йде про анулювання ліцензії [187]. З урахуванням цього, цілком можна погодитись з тими авторами, що стверджують, що адміністративно-господарські санкції закріплені в ГК України, потребують закріплення в спеціальних законах, що регламентують окремі сфери господарювання [188, с. 83].

Зазначений висновок є актуальним і з огляду на поширення практики застосування органами державного контролю та нагляду адміністративно-господарських санкцій, не передбачених законом. У цьому разі, як видається, маємо справу із діями за межами компетенції відповідних органів. Зокрема, саме такі ознаки виявляються при виключенні інформації про фінансову установу з Державного реєстру фінансових установ та анулюванні свідоцтва фінансової установи. Така санкція та підстави її застосування не передбачена ні

главою 27 ГК України, ні Законами України у сфері фінансових послуг, але встановлена нормативно-правовими актами державних регуляторів. Наслідком застосування такої санкції є зупинення надання фінансових послуг, оскільки відповідно до частини 1 статті 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 року № 2664-III фінансові послуги надаються фінансовими установами [189].

Разом з тим, відповідно до ч. 2 ст. 238 ГК України адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені виключно законами. А нормативно-правовими актами регуляторів фінансових ринків можуть встановлюватись тільки порядок та умови застосування заходів впливу, на що звернув увагу Київський апеляційний адміністративний суд в ухвалі від 19.11.2008 у справі № 22-а-1024/08 р. (номер в ЄДРСР 3023065):

Вищий адміністративний суд України в ухвалі від 22.07.2008 у справі № К-5618/07 зазначив, що виключення інформації про фінансову установу з Державного реєстру фінансових установ та анулювання свідоцтва фінансової установи не передбачено законами у сфері фінансових послуг. Аналогічна позиція щодо протиправності застосування не передбачених законом адміністративно-господарських санкцій міститься в ухвалі Вищого адміністративного суду України від 27.01.2010 у справі № К-19258/07 [190].

Адміністративно-господарські санкції відрізняються від інших, зокрема оперативно-господарських санкцій тим, що їх застосовують органи державної влади чи місцевого самоврядування, крім того, ці заходи мають не лише майновий, а й організаційно-правовий характер [191, с. 37-38]. Під органами державної влади тут розуміються не тільки органи виконавчої влади, але й судові органи. З приводу останніх у юридичній науці та серед практиків тривають дискусії: чи варто надавати суду право на застосування адміністративно-господарських санкцій? Слід відзначити, що застосування адміністративно-господарських санкцій у судовому порядку передбачається п. 2 Постанови Верховної Ради України «Про механізм застосування міри відповідальності юридичних осіб, на зберіганні яких знаходяться матеріальні

ресурси державного резерву, за самовільне їх відчуження (використання, реалізацію)» [192], ч. 2 ст.16 Закону України «Про карантин рослин» (за порушення карантинних вимог пожежної безпеки, невиконання приписів посадових осіб державного пожежного нагляду) [193] тощо. У переважній же більшості законів, що передбачають застосування адміністративно-господарських санкцій, повноваження приймати рішення про застосування таких санкцій надається відповідним органам виконавчої влади.

У справах за позовами податкових органів про визнання угод недійсними та стягнення зі сторін угод відповідних коштів Верховний Суд України сформував позицію, за якою «адміністративно-господарські санкції, які мають конфіскаційний характер, підлягають застосуванню виключно у судовому порядку» (постанови Верховного суду України від 26.06.2007 у справі № 21-414 во 07; від 14.02.2006 у справі № 21-321 во 05) [178, с. 52]. ВАСУ у своїх інформаційних листах приставав до подібної позиції, вказуючи, що «питання застосування штрафних санкцій до суб'єктів господарювання та їх стягнення повинно вирішуватись судом у порядку, визначеному Кодексом адміністративного судочинства України (наприклад, в питанні застосування адміністративного штрафу за порушення порядку встановлення цін за Законом України «Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру» (наразі втратив чинність) [194].

2.4. Критерії обрання способів захисту прав суб'єктів господарювання

З огляду на множинність та багатоаспектність способів захисту прав суб'єктів господарювання важливо визначити критерії-умови, якими слід керуватися при обранні цих способів захисту прав, які слугуватимуть орієнтиром та одночасно нададуть можливість визначати межі застосування способів захисту прав суб'єктів господарювання для їх ефективного захисту.

Вирішення проблеми обмеженості способів захисту прав суб'єктів господарювання законодавством та договором є актуальним і важливим

завданням, оскільки допоможе не тільки вдосконалити систему захисту прав суб'єктів господарювання, а й надасть перспективний вектор розвитку економіки і господарської діяльності [45, С. 308].

У загальному значенні критерій (від грецького *kritērion* – засіб для думки) – це ознака, на підставі якої здійснюється оцінка, визначення або класифікація чого-небудь; міряло думки, оцінки [195]. Отже, критерій способу захисту – це ознака, на підставі якої суд здійснює оцінку та визначає можливість використання обраного суб'єктом господарювання способу захисту прав [45, С. 308].

О.Ф. Мельничук виділяє наступні характерні ознаки способів захисту:

- а) встановлюються законом або договором;
- б) мають примусовий характер;
- в) застосовуються компетентними органами або самостійно суб'єктом;
- г) забезпечують попередження, припинення порушення права, його відновлення, а також відшкодування заподіяної шкоди [196, с. 25].

О. Бринцев для визначення поняття способів захисту права пропонує застосовувати три кваліфікуючі ознаки. Першою ознакою є їх мета – усунення перешкод у здійсненні права. При цьому під перешкодами маються на увазі порушення, оспорування та невизнання права. Другою ознакою є спрямованість заходів – їх вплив спрямований на особу, яка чинить зазначені перешкоди. Останньою, третьою, є ознака детермінованості способів захисту законом, яка означає, що у певного порушення права є певний, заздалегідь визначений спосіб його захисту [197]. При цьому, обрання способу захисту залежить від природи і змісту охоронюваного суб'єктивного права та законного інтересу. Відповідно, детермінованість може бути забезпечена і пов'язується із наявністю чіткого законодавчого/договірного переліку способів захисту порушеного права чи інтересу.

Верховний Суд України в своїй Постанові від 21.05.2012 визначив декілька критеріїв визначення належного способу захисту прав, зазначивши, що законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного

права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом. Оскільки положення Конституції України та Конвенції мають вищу юридичну силу (ст. ст. 8, 9 Конституції України), а обмеження матеріального права суперечать цим положенням, порушення цивільного права чи цивільного інтересу підлягають судовому захисту і у спосіб, не передбачений законом, зокрема ст. 16 ЦК України, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Обмежене тлумачення ст. 16 ЦК України суперечить зазначеним положенням та призводить до неправомірної відмови в реалізації права на судовий захист [198]. Аналогічні критерії, за якими певна дія (в т.ч. спосіб захисту), може вважатися способом самозахисту, наведені у ч. 2 ст. 19 ЦК України, а саме:

- 1) відповідність до змісту порушеного права;
- 2) відповідність до характеру дії, якою порушене право;
- 3) відповідність наслідкам, спричиненим порушенням права.

З аналізу практики господарських судів та Верховного Суду можна визначити певні підходи до визначення критеріїв належності способів захисту порушеного, оспорюваного чи невизнаного права. Зокрема, Вищий господарський суд України листом від 14 грудня 2007 № 01-8/974 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності» запропонував певні критерії визначення належного способу захисту порушеного права: «Обрання способу захисту порушеного права здійснює позивач, але господарський суд, приймаючи рішення зі справи, має перевірити відповідність обраного способу закону та призначенню судового захисту». Далі ці положення уточнюються вказівкою на те, що «перевірка відповідності цього способу наявному порушенню і меті судового розгляду є обов'язком суду, який має приймати рішення зі справи в

межах позовних вимог і з урахуванням фактичних обставин конкретної справи, беручи до уваги як можливість у той чи інший спосіб захистити порушене право (за наявності підстав для цього), так і необхідність подальшого виконання прийнятого судом рішення» [199]. Таким чином, даним листом ВГСУ передбачив декілька критеріїв для визначення чи є обраний суб'єктом господарювання спосіб захисту належним (можливим для застосування) у кожному окремому випадку чи ні.

З зазначеного випливає наступний критерій способу захисту прав суб'єктів господарювання – його відповідність закону та призначенню судового захисту.

Як зазначає Д.С. Птащенко, способи захисту прав суб'єктів господарювання мають не суперечити законодавству [200, с. 729], тобто важливо, щоб той чи інший обраний спосіб захисту не суперечив закону або договору. З даною позицією не можна погодитися, оскільки таке формулювання критерію способу захисту не призведе до бажаного результату та призначенню судового захисту, оскільки якщо законом або договором не буде передбачено необхідного та ефективного способу захисту, то його застосування буде неможливим. Отже, видається доцільним зазначити критерієм способу захисту його відповідність законодавству, договору, а також принципам права. Оскільки завдяки принципам права, правова система адаптується до найважливіших інтересів і потреб не тільки суб'єктів господарювання, а й суспільства в цілому.

Зокрема, принципи права слугують загальними орієнтирами не тільки у правотворчості, а й у правозастосуванні. Наприклад, спосіб захисту повинен відповідати принципу справедливості, який означає, що обраний спосіб захисту виступає як міра справедливості. Принцип справедливості містить у собі вимогу відповідності між правами та обов'язками, порушенням і відповідальністю. Принцип рівності означає рівність усіх перед законом, рівність прав та обов'язків, незалежно від національної, релігійної та іншої належності, службового та іншого становища, рівну відповідальність перед

законом, рівний захист. Таким чином, суб'єкти господарювання, суди та інші органи державної влади повинні однаково застосовувати способи захисту прав по відношенню до інших суб'єктів господарювання, які пов'язані між собою правами та обов'язками. Принцип законності виражається у вимогах: якості нормативно-правових актів, несуперечності їх один одному; суворого додержання та виконання юридичних норм, правових приписів усіма суб'єктами – громадянами, їх громадськими та некомерційними організаціями, посадовими особами, державними органами; невідворотної відповідальності за вину. Отже, спосіб захисту прав суб'єктів господарювання повинен не суперечити вимогам нормативно-правових актів. Принцип правової визначеності, згідно з яким суб'єкти повинні мати змогу планувати свої дії із впевненістю, що знають про їх правові наслідки, тобто застосування актів повинне бути передбачуваним для індивідів [201]. Тобто, за дії цього принципу суб'єкти господарювання можуть визначитись із тим, який спосіб захисту необхідно застосувати та розуміти наслідки застосування обраного способу захисту.

Практика іноземних держав демонструє відхід від формального обмеження у застосуванні лише законодавчих чи договірних способів захисту. Так, приміром, Конституція ФРН закріпила положення, відповідно до якого судді пов'язані «законом і правом». У рішеннях Федерального Верховного суду ФРН стало звичайним підкреслювати, що право ширше за законодавство. Федеральний Верховний суд і Федеральний Конституційний суд ФРН у серії рішень встановили, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає «деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній формі». У деяких країнах, що належать до романо-германського типу правової системи, загальні принципи права прямо закріплені в законі як джерело права у разі наявності прогалин, наприклад, у цивільних кодексах (Австрія, Греція, Іспанія, Італія). Також, судова влада ФРН дозволила суддям розробляти принципові рішення, уточнювати положення закону таким чином, що народжуються нові норми, так звані правоположення судової практики.

Отже, романо-германський тип правової системи припускає і пошук кожним юристом у конкретному питанні рішення, що відповідає принципу справедливості [202]. Найбільш важливою рисою способів судового захисту в загальній системі права, які надаються правом справедливості, є те, що вони застосовуються за розсудом суду [85].

З огляду на вказане, видається доцільним змінити положення ч. 2 ст. 20 ГК України, в якій словосполучення «іншими способами, передбаченими законом» замінити словосполученням: «іншими способами, що не суперечать законодавству, договору та принципам права». Аналогічно, ч. 2 ст. 5 ГПК України після слів «який не суперечить закону» слід доповнити словами «договору або принципам права». Дана зміна буде мати позитивні наслідки, оскільки надасть можливість суб'єктам господарювання захищати свої права способами, які не передбачені законодавством, а судам більш гнучко використовувати наявні способи захисту, ширше трактувати передбачені законодавством способи захисту, а уточнення, що способи захисту прав не повинні суперечити принципам права буде слугувати гарантією справедливості та законності [203, С. 521].

У контексті змін до ГПК України, питання використання способів захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання сьогодні зводяться до двох основних: 1) чи можна при обранні необхідного способу вийти за межі законодавчого чи договірної переліку та запросити інший / «свій» спосіб, та 2) чи є межа у вільному обранні способів захисту особою, чий права та інтереси порушені, та судом (у разі якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи). На нашу думку, відповісти на них можна лише в сукупності.

Так, відповідно до положень чинного ГПК України в редакції 2017 року спосіб (способи) захисту прав або інтересів складають частину змісту позовних вимог (п. 4 ст. 175), при цьому позивач вправі вказати «спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону». З цього

можна зробити висновок, що забороненим чи недопустимим вільно обраний спосіб захисту буде лише тоді, коли прямо суперечитиме положенням закону або у законі буде міститись вказівка на недопустимість його застосування (про інші критерії зазначено вище). Як неодноразово підкреслювалось судовою практикою, законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом (див., наприклад, постанову ВСУ від 12 червня 2013 року у справі № 6-32цс13 [204]).

Загалом, відхід від обмеження переліку дозволених способів захисту законом чи договором бачиться наслідком закріплення у нових процесуальних кодексах у якості однієї з основних засад господарського судочинства не принципу верховенства закону, а принципу верховенства права, реалізація якого створює для зацікавленої особи гарантії судового захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав та інтересів безвідносно до наявності відповідного законодавства. Хоча, практика ЄСПЛ і так доводить, що слово «закон» тлумачиться не тільки як писане право, а й як неписане право (а його автономне тлумачення в практиці Суду скоріше є виключенням та стосується здебільшого певних обмежень конвенційних прав) [205].

О. Резніков та О. Вінгловська наголошують на тому, що «верховенство права – це фундаментальний принцип сучасного правопорядку в світі», «який відображає загальне надбання людства – ідеали свободи, демократії, прав людини і поступово реалізує їх шляхом регламентації усіх суспільних відносин у контексті найвищої справедливості... Високий статус економічного та соціального розвитку суспільства неможливий без практичної реалізації принципу верховенства права як універсального регулятора всіх правовідносин» [206]. Завдяки утвердженню саме цього принципу у сфері господарювання можливим є забезпечення добросовісної конкуренції, рівності

суб'єктів господарювання різних форм власності, відповідальності за порушення зобов'язань та правил здійснення господарської діяльності тощо.

З огляду на це, Д. Луспеник обґрунтовано зауважує, що верховенство права має стати стандартом судового правотлумачення і правозастосування, елементами якого при розгляді справ в порядку цивільного (і господарського – примітка В. П.) судочинства повинні бути такі формальні елементи, як законність (в сенсі правових законів), правова визначеність, пропорційність і право на справедливий судовий розгляд [205]. Відповідна засада здійснення судочинства значно посилює можливість індивідуального підходу суду до розв'язання конкретного спору, який подекуди за існуючих раніше формальних обмежень взагалі був неможливим – за позовами, що мали фактично подібний, але не тотожний склад обставин, ухвалювались аналогічні рішення, які незгодна сторона в подальшому оскаржувала, витрачаючи час та кошти на пошуки об'єктивної істини.

Наразі, інтерпретуючи положення ч. 2 ст. 5 та п. 4 ст. 170 ГПК України, можна прийти до висновку, що умовами (підставами) для застосування судом іншого способу судового захисту слід визнавати: 1) неефективність існуючого способу; 2) наявність відповідної вимоги, вказаної в позовній заяві; 3) наявність іншого способу захисту, який є законним [207]. При цьому необхідним видається наявність усіх трьох умов одночасно. Так, наприклад, відсутність сформульованої вимоги про застосування іншого способу захисту судом безпосередньо у позовній заяві може бути виправлено, але, як видається, виключно у рамках строків, передбачених процесуальним законодавством для усунення недоліків позовної заяви.

Досліджуване нововведення ГПК України по-різному оцінюється суддями та науковцями, які наводять різні аргументи «за» та «проти». Аргументами на користь можливості суду встановлювати інші способи захисту, на думку О. Бринцева, є: зручність – позивачеві надається «право на помилку»; оперативність – економія часу на виправленні помилок (виправити їх можна не лише шляхом подання нового позову після завершення розгляду первісного, а

безпосередньо в цьому ж процесі); ефективність – рішення суду спрямоване на реальне відновлення прав у кожній конкретній ситуації. Рішенням швидко та наглядно втілюється ідеальна правова модель поведінки у спірній правовій ситуації через застосування заходів, максимально пристосованих до самої ситуації [197]. І зручність, і оперативність як переваги напряду пов'язані як з процесуальною, так і цілком матеріальною економією – і для сторін процесу, і для самого суду.

Заради об'єктивності слід зазначити, що перелік недоліків цього підходу, сформульований тим же О. Бринцевим, є значно ширшим. Серед них, зокрема:

- збільшення ризику порушення прав відповідача та інших осіб. У пропонованому варіанті відбудеться заміна чітко і вичерпно визначених законом способів захисту права можливістю створення незчисленної кількості непередбачуваних «ефективних» варіантів захисту;

- збільшення ризику порушення прав позивача. Буквальне тлумачення пропонованих норм дає підстави вважати, що суд буде вправі свій розсуд обрати спосіб захисту прав позивача незалежно від волі й бажання самого позивача;

- ускладнення роботи суду при вирішенні справи;

- хаотизація правовідносин. Надмірна строкатість правових «витворів» у численних судових рішеннях у подібних справах ускладнює правове регулювання аналогічних правовідносин взагалі;

- складність розуміння рішення. Можливість продукування позовних вимог безвідносно до встановлених стандартів збільшить складнощі в розумінні їх формулювань. Ці складнощі автоматично будуть наслідуватися судовими рішеннями;

- складність виконання;

- зниження рівня правової свідомості. Відсутність обмежень у створенні та виборі способів захисту права, означає відсутність потреби у правовій дисципліні у вигляді приведення своїх правовідносин до певних визначених законом зразків.

Звичайно, при запровадженні певних новел мають місце різні ризики, проте острахом перед ними аж ніяк не може бути виправдане свідоме, формалізоване обмеження захисту прав суб'єктів господарювання, яке вже давно виявило свою неефективність. Запропонована законодавцем свобода при визначенні способу захисту позивачем та судом не є необмеженою, а нововведення не є революційним, оскільки може бути реалізовано виключно у встановлених процесуальних рамках, у тісному зв'язку із іншими засадами здійснення судочинства, за наявності сукупності підстав тощо. А обрання належного способу захисту із застосуванням запропонованих (та уточнених судовою практикою) критеріїв-умов лише забезпечить дотримання прав та інтересів сторін конфлікту та встановить межі довільного визначення способів захисту, невідомих законодавству.

Виконуваність. Цей критерій обрання належного способу захисту має найбільш прикладний характер. Так, закріплені у ЦК та ГК України способи захисту, які застосовує суд своїм рішенням, загалом відповідають засобам виконання судових актів, передбачених у Законі України «Про виконавче провадження». Більш того, сучасний ГПК України у ст. 5 встановлює право суду самостійно визначати спосіб захисту, не передбачений законом чи договором.

Інша справа – довільне встановлення способу захисту у договорі сторонами: чи буде він доцільним, чи надасть бажаний правовий результат, чи можливе буде подальше виконання прийнятого судом рішення? Як видається, визначення у договорі певного способу захисту прав втрачає сенс за умови відсутності законодавчо встановленого механізму його реалізації. Адже для реального виконання судового рішення та захисту прав суб'єктів господарювання необхідна наявність законодавчо встановленого механізму його реалізації, оскільки в випадку його відсутності рішення може бути виконано тільки в добровільній формі порушником права [45, С. 309]. Так, наприклад, Господарський суд м. Києва по справі № 05-6-7/897 відмовив у прийнятті позовної заяви ТОВ «Біосинтез» до ТОВ «Стандарт-Газ» про

стягнення майна в зв'язку з тим, що такий спосіб захисту не передбачено ст. 20 ГК України, а також відсутній механізм виконання такого рішення суду [208]. Тобто, обрання способу захисту має корелюватися із законодавчо закріпленими способами (заходами) його виконання.

Інший приклад. Колегія суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, частково скасовуючи постанову апеляційного господарського суду, зазначила, що місцевий господарський суд, задовольняючи позов в частині вимоги про зобов'язання ПАТ «Фармстандарт-Біолік» вилучити з цивільного обігу лікарський засіб «РЕНАЛЬГАН-БІОЛІК» та знищити упаковки вказаного лікарського засобу, а також ампули, в яких міститься вказаний лікарський засіб, не врахував того, що «вибір способу судового захисту прав інтелектуальної власності, включаючи такі, як вилучення та знищення товарів і матеріалів, введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності, та знарядь, що використовувалися для виготовлення таких товарів, здійснюється особою, якій належить право інтелектуальної власності. Водночас перевірка відповідності цього способу допущеному порушенню і меті здійснення судового розгляду є обов'язком суду, який має приймати рішення зі справи в межах заявлених позовних вимог та з урахуванням фактичних обставин конкретної справи, беручи до уваги як можливість у той чи інший спосіб захистити порушене право, так і необхідність подальшого виконання прийнятого судом рішення. Місцевий господарський суд залишив поза увагою те, що виконання рішення у цій частині потребуватиме вчинення дій стосовно осіб, коло яких є невизначеним і які, в тому числі, легітимно придбали товар (лікарські засоби) з метою його подальшої реалізації. Відповідно, у вказаній частині у задоволенні позову слід відмовити з підстав невизначеності кола зацікавлених осіб, наявності та належності відповідного товару» [209].

Резолютивна частина цього рішення, окрім підтвердження висновку щодо необхідності виконання вимоги про наявність механізму виконання обраного способу захисту, вказує і на дотриманні іншого критерію-умови при його

визначенні – *недопущення порушення обраним способом захисту прав та інтересів інших суб'єктів*. При чому мова йде не лише про недопустимість створення додаткових перешкод чи якихось обтяжень для осіб, які прямо не є учасниками конфлікту, а й про пропорційність (відповідність) встановлених для відповідача обтяжень змісту і обсягу порушення.

Критерій відповідності (еквівалентності) способу захисту прав суб'єктів господарювання наявному правопорушенню означає, що спосіб захисту має бути адекватним по відношенню до правопорушення, а міра застосовуваних обтяжень відповідати обсягу порушення або шкоди, завданої потерпілій особі. Варто зазначити, що обраний суб'єктом господарювання спосіб захисту прав, його застосування, не повинен порушувати права інших суб'єктів.

Як зазначає О.П. Вершинін, спосіб захисту повинен відповідати вимозі співрозмірності порушення прав, в якому знаходить своє відображення ідея еквівалентності цивільно-правових відносин [210, с. 131]. Отже, неврахування даного критерію призведе до порушення прав іншого суб'єкта господарювання.

Зміст даного критерію, на наш погляд, характеризується і такою ознакою як *достатність* обраного способу захисту для відновлення або визнання порушеного права чи інтересу суб'єкта господарювання. Іншими словами, захисні та запобіжні заходи, що застосовуються до іншої особи-контрагента не мають бути більшими (ширшими), аніж це є потрібним для відновлення порушеного права чи попереднього становища позивача. Таку допустиму межу, безумовно, легше визначити для вимог майнового або грошового характеру. В той же час, при визначенні граничної межі застосування інших за характером способів захисту варто керуватися принципом пропорційності, відповідно до якого «цілі обмежень прав мають бути істотними, а засоби їх досягнення – обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чиї права обмежуються» [211].

Р.Б. Шишка відмічає, що сутність способів захисту цивільних прав визначається їхнім цільовим призначенням, заходом впливу на учасників цивільних правовідносин, а також наслідками, викликаними застосуванням цих

способів. Такі способи спрямовані на досягнення різних цілей, наприклад, на відновлення прав правомочної особи шляхом примусового виконання покладеного на боржника обов'язку, на охорону прав від неправомірного зазіхання і т.д. [212, С. 213].

Навіть узагальнений перелік, наведений у ЦК та ГК України, демонструє різні цілі способів захисту, досягненню яких вони сприяють. З огляду на це, цілком обґрунтованим є поділ способів на попереджувальні, відновлювальні і штрафні. Призначення попереджувальних способів захисту полягає в припиненні незаконних (несприятливих) дій, поверненні до безперешкодного здійснення своїх прав. Відновлювальні способи захисту спрямовані на усунення негативних наслідків і відновлення суб'єктивного права. Штрафні способи пов'язані з додатковими несприятливими наслідками для правопорушника. При цьому до попереджувальних способів захисту Ю.М. Андрєєв відносить припинення дій, що порушують право або створюють загрозу для його порушення, припинення правовідносин, призупинення робіт, визнання недійсним правового акту, що суперечить закону. До відновлювальних способів захисту слід відносити відновлення попереднього становища, відшкодування збитків, а до штрафних – стягнення неустойки [213, С. 120-121].

Таким чином, обираючи спосіб захисту, зацікавлена особа-суб'єкт господарювання має виходити зі змісту порушення та конкретного правового результату, який він прагне досягти (більш детально про обрання способу захисту залежно від виду порушення та категорії спору – у наступних розділах роботи). При цьому суб'єкт господарювання зв'язаний межами застосування конкретного способу захисту, що залежить від специфіки суб'єктивного права, яке захищається та характеру його порушення. Як слушно зазначає М.О. Рожкова, необхідно визначити чи є застосування того чи іншого способу захисту доцільним. Адже спосіб захисту прав втілює собою ту безпосередню мету, до досягнення якої прагне суб'єкт господарювання, вважаючи, що таким чином він попередить порушення (оспорювання) своїх прав та відшкодує понесені витрати, які виникли в зв'язку з порушенням його прав [79, с. 85].

Наприклад, необхідно визначитись суб'єкту господарювання, який захищає свої права, чи доцільно примушувати підрядника до виконання ним обов'язку по будівництву чи, можливо, доцільніше відновити становище, яке існувало до порушення прав суб'єкта господарювання, а саме стягнути грошові кошти, що були перераховані підряднику для виконання ним робіт. Також, наприклад, не має сенсу вимагати застосування наслідків недійсності оспорюваного правочину, визнаного судом недійсним, якщо суб'єкти господарювання його виконання не починали. Оскільки, в даному випадку, неможливо ані стягнути грошові кошти, ані відновити становище, що існувало до порушення прав, тому, що сторони, крім підписання договору, не вчиняли жодних дій для виконання такого договору.

Одночасно, критерій доцільності включає можливість суб'єкта господарювання для захисту своїх прав застосовувати два або більше способів захисту, які закріплені в законодавстві [100, с. 47], договорі, або загалом не суперечать принципам права. Варіантів декілька: для відновлення порушеного права може вимагатись застосування сукупності способів захисту або існувати декілька альтернативних видів, кожен з яких є достатнім і задовольняє зацікавлену особу. Обрання декількох альтернативних та направлених на захист одного і того ж права або інтересу способів захисту може виражатися у можливості заявлення декількох позовів, що мають різну юридичну природу (при цьому вибір конкретного способу захисту здійснюється суб'єктом господарювання виходячи з його внутрішньої волі) або у пред'явленні позову з альтернативними вимогами, що розглядаються у межах одного виду судочинства.

Ефективність. Ефективний захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави є основною метою господарського судочинства відповідно до ст. 2 ГПК України. У свою чергу, ст. 5 кодексу закріплює загальні засади визначення ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, проте який саме спосіб захисту слід вважати ефективним законодавець не

уточнює. Ці положення відповідають ст. 13 Конвенції, що гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни.

У пункті 145 рішення від 15 листопада 1996 року у справі «Чахал проти Об'єднаного Королівства» (Chahal v. The United Kingdom, (22414/93) [1996] ECHR 54) Європейський суд з прав людини зазначив, що згадана норма гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни.

Таким чином, суть цієї статті зводиться до вимоги надати заявникові такі міри правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по їх суті скарги на порушення положень Конвенції й надавати відповідний судовий захист, хоча держави – учасники Конвенції мають деяку свободу розсуду щодо того, яким чином вони забезпечують при цьому виконання своїх зобов'язань.

Суд вказав на те, що за деяких обставин вимоги статті 13 Конвенції можуть забезпечуватися всією сукупністю засобів, що передбачаються національним правом. Стаття 13 Конвенції вимагає, щоб норми національного правового засобу стосувалися сутності «небезпідставної заяви» за Конвенцією та надавали відповідне відшкодування. Зміст зобов'язань за статтею 13 також залежить від характеру скарги заявника за Конвенцією. Засіб захисту, що вимагається зазначеною статтею повинен бути ефективним як у законі, так і на практиці, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів влади відповідної держави (п. 75 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Афанасьєв проти України» від 5 квітня 2005 року (заява № 38722/02)).

Отже, з ефективністю ЄСПЛ щодо засобу правового захисту у контексті положень статті 13 Конвенції розуміє забезпечення поновлення порушеного

права і одержання потерпілою особою бажаного правового чи економічного результату.

На думку М. Хоменка, ефективний засіб повинен забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. За змістом ефективний засіб захисту повинен відповідати природі порушеного права, характеру допущеного порушення та наслідкам, які спричинило порушення [214, с. 46].

Як бачимо, запропоноване розуміння ефективності засобу (і способу) захисту, по суті, зводиться до відповідності засобу чи способу захисту тим критеріям, які закріплені вітчизняною судовою практикою та наводились вище, однак не пояснює, яким ефективний засіб чи спосіб захисту має бути за своєю суттю, якістю.

Універсальної формули визначення ефективності того чи іншого способу захисту порушеного, оспорюваного або невизнаного права навряд чи існує. Проте алгоритм його встановлення може бути визначений за допомогою сукупності наведених вище та далі критеріїв.

Очевидно, що ефективність – це досягнення найбільш оптимального за даних умов (обставин справи) результату, до якого правомірно та обґрунтовано прямує зацікавлена сторона.

Такий висновок підкріплюється позицією, висловленою рядом суддів Великої Палати ВС в окремій думці на постанову від 31 травня 2018 року у справі № 800/305/17 (провадження № 11-53сеп18). У досліджуваній справі більшість суддів Великої Палати Верховного Суду прийшла до висновків, що заходом індивідуального характеру та законним способом відновлення порушених прав позивача в цій справі буде повторний розгляд новоутвореним органом питання щодо наявності підстав для притягнення ОСОБА_5 до дисциплінарної відповідальності.

Окремі ж судді зауважили, що Велика Палата Верховного Суду вийшла за межі позовних вимог, заявлених ОСОБА_5, при цьому обравши спосіб

захисту прав позивача, який не можна визнати ні ефективним, ні сприятливим для позивача.

Так, позивач, вважаючи свої права та законні інтереси порушеними, фактично просив суд визнати своє звільнення незаконним шляхом оскарження Рішень та Постанови відповідачів та поновити на посаді судді. Проте обраний Великою Палатою Верховного Суду спосіб поновлення прав стосуватиметься не можливості поновити на посаді особу, яка оспорує законність свого звільнення, а питання можливості притягнення її до дисциплінарної відповідальності, що суперечить інтересам позивача.

При цьому не враховано ту обставину, що законодавством встановлено спеціальні строки притягнення до дисциплінарної відповідальності, які вже спливили. Наведене свідчить, що виконання відповідачем покладеного на нього судом обов'язку ніяким чином не може змінити правового становища особи та не вплине на можливість поновлення порушених прав позивача [215].

Судді звернули увагу на ту обставину, що через «відсутність правового регулювання механізму поновлення на посаді судді в разі його незаконного звільнення, саме суд повинен захистити позивача та обрати ефективний засіб захисту прав позивача за наслідками визнання незаконним акта про звільнення судді. Іншого способу поновлення порушеного права особи на теперішній час в національному законодавстві немає. Відмовивши позивачу в поновленні на посаді судді, суд не відновив його юридичний стан, не поновив порушене право, що фактично означає невиконання рішення ЄСПЛ від 19 січня 2017 року» [215].

Зважаючи на ту обставину, що юридичний (матеріальний і процесуальний) інтерес у вирішенні господарського спору мають обидві сторони, спосіб захисту стороною чи судом має бути обраний та застосований з урахуванням дотримання (а за необхідності – відновлення) балансу інтересів конфліктуючих сторін.

Але забезпеченням лише приватного блага у сфері господарювання навряд чи можна обмежитись – специфіка господарсько-правового

регулювання вимагає узгодженості приватних та публічних інтересів при здійсненні господарської діяльності.

Публічні інтереси, які виробляються державою, виступають фундаментом для створення і функціонування державних і суспільних інститутів. Приватні інтереси відображають потреби громадян і організацій і є головним чинником їхньої діяльності. Необхідність обліку приватного і публічного інтересу характеризує сучасну взаємодію особистості, суспільства, держави [216, с. 36]. Держава, як відомо, вбачає суспільний інтерес не лише у функціонуванні державних підприємств, а й і у діях приватних осіб (Рішення КСУ від 08.04.1999 № 3-рп/99 [217]). Відповідно до ст. 3 ГК України господарська діяльність визнається суспільно корисною діяльністю, а, отже, у її стимулюванні та здійсненні зацікавлена держава. З огляду на це, ефективним спосіб захисту прав та інтересів вважатиметься таким, якщо він створюватиме умови та гарантії для започаткування господарської діяльності, не забороненої законом, чи продовження її здійснення суб'єктами господарювання.

Отже, ефективний спосіб захисту: (1) відповідає обставинам справи та характеру порушення; (2) забезпечує реальний захист (відновлення попереднього становища, визнання права, компенсацію збитків, повернення майна тощо) прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; (3) відновлює баланс інтересів у взаємовідносинах сторін; (4) встановлює баланс приватно-публічних інтересів.

Отже, до критеріїв-умов обрання належного та ефективного способу захисту прав суб'єктів господарювання, можна віднести:

1. відповідність способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням;
2. відповідність законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту;
3. доцільність та ефективність;
4. адекватність (співрозмірність, еквівалентність) правопорушенню;
5. наявність механізму реалізації (виконання);

6. недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів.

Критерії способу захисту прав суб'єктів господарювання необхідно застосовувати в сукупності, оскільки тільки з урахуванням усіх критеріїв можна чітко визначитись із застосуванням того чи іншого способу захисту прав суб'єктів господарювання. Адже, наприклад, у обраного лише за критерієм адекватності правопорушенню способу захисту може бути відсутній механізм реалізації або ж застосування такого способу захисту не буде доцільним та ефективним. Разом з тим, вказаний перелік критеріїв-умов, які слугують підставою вибору способу захисту прав суб'єктів господарювання, не є вичерпним, але з його допомогою можливо більш гнучко захищати права та визначати межі обрання належних та допустимих способів захисту прав та законних інтересів. Застосування даних критеріїв в сукупності, на нашу думку, призведе до підвищення стабільності господарського обігу, покращення визначеності прав суб'єктів господарювання, а також отримання змоги ефективніше здійснювати захист прав [45, с. 310].

Підсумовуючи викладене в розділі 2 цієї роботи необхідно вказати на наступне.

Система способів захисту прав суб'єктів господарювання – це впорядкована внутрішня структура всіх існуючих способів захисту прав суб'єктів господарювання. З огляду на відсутність єдиного підходу до змістовного наповнення поділу усіх форм на юрисдикційні та неюрисдикційні, більш обґрунтованим та юридично вивіреном видається поділ способів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання за суб'єктом реалізації на: судові способи захисту; змішані способи захисту (в т.ч. адміністративні); несудові способи захисту. Запропонована класифікація способів захисту прав суб'єктів господарювання є найбільш зручною для застосування, систематизації та вивчення сукупності всіх існуючих способів захисту.

Як і будь-яка класифікація, запропонований поділ носить умовний характер та може допускати дискусійність щодо віднесення окремих способів захисту до тієї чи іншої групи, проте здатен внести ясність у побудову логічної

системи способів захисту, передбачених законодавством або договором чи таких, що не суперечать чинному законодавству, допустимі підстави та порядок їх застосування із визначенням меж втручання уповноважених органів у захист прав та законних інтересів суб'єктів господарювання.

Застосування судових способів захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав та інтересів суб'єктів господарювання пов'язується із наявністю у господарського суду повноважень щодо офіційного підтвердження наявності або відсутності прав та/або обов'язків у уповноважених органів та осіб, наявності, відсутності або недійсності зобов'язань або примусу щодо вчинення певних дій чи утримання від них тощо. Законодавче визначення компетенційних прав та обов'язків виключно для уповноважених органів та осіб зумовлює заборону для суду приймати аналогічні рішення, по суті, переймаючи невластиву для себе компетенцію.

Способи захисту, що можуть бути первісно застосовані в порядку, визначеному законом, безпосередньо учасниками господарських правовідносин або у разі відмови іншої сторони від їх добровільного застосування – через звернення до господарського суду, відносяться до несудових способів захисту. До такої групи способів захисту входять більша частина господарських санкцій та окремі способи, передбачені законом чи договором.

На противагу несудовим, для змішаних (в т.ч. адміністративних) способів захисту взагалі не передбачено їх самостійного застосування суб'єктами господарювання: якщо у законодавстві відсутня спеціальна процедура вжиття певного способу захисту, його застосування видається неможливим через обмеження повноважень державних органів або органів місцевого самоврядування.

РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

3.1. Матеріально-правовий та процесуальний механізм примусу публічних органів до вчинення певних дій (бездіяльності) у сфері господарювання

Суб'єкти господарювання у своїй діяльності постійно контактують із органами публічної влади, що здійснюють щодо них управлінські та організаційно-господарські повноваження. Відповідно, конфлікти, що виникають у рамках цих правовідносин, вирішуються у рамках адміністративного чи господарського судочинства. Зокрема, і ст. 20 ГПК України, і ст. 19 КАС України містить перелік справ, віднесених до юрисдикції цих судів, що виникають зі спорів між зазначеними особами (вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, визнання недійсними актів, справи у спорах, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, в тому числі у спорах, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України тощо).

Застосовувані способи захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання у подібних спорах є різноманітними, серед них – і вимога про вчинення певної дії або бездіяльності.

Згідно з ч. 2 ст. 2 КАС України «у справах, щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

- 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;
- 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;
- 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);
- 4) безсторонньо (неупереджено);

- 5) добросовісно;
- 6) розсудливо;
- 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;
- 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);
- 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;
- 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку» [218].

Виходячи з положень ст. 2 КАС України «завдання правосуддя полягає не в забезпеченні ефективності державного управління, а в гарантуванні дотримання ним вимог права, інакше порушується принцип розподілу влади» [219, с. 149].

Завданням адміністративного суду є контроль за відповідністю прийнятих рішень стосовно суб'єктів господарювання закону. Суд, розглядаючи винесене органом публічної влади рішення, оцінює його з позицій наявності або відсутності компетенції у відповідній сфері та конкретних повноважень щодо визначення його змісту: в контексті можливості або неможливості прийняття певного рішення та допустимих меж вільного вибору варіанту рішення. При цьому, суд не може підміняти орган державної влади чи місцевого самоврядування, а це означає, що він не може прийняти рішення типу «видати ліцензію», а може прийняти рішення «зобов'язати орган видати ліцензію».

При цьому «згідно з Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятої Комітетом Міністрів 11.03.1980 на 316-й нараді, під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин» [220].

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (зокрема, постанови «у справі Олссон проти Швеції від 24 березня 1988 року (скарга №10465/83), запорукою вірного застосування дискреційних повноважень є високий рівень правової культури державних службовців. Обсяг цих повноважень суб'єкта владних повноважень повинен мати чіткі межі застосування, рішення органу має бути визнано протиправним, у разі, коли істотність порушення процедури потягнуло його неправильність, а за наявності правової можливості (якщо ідеться про прийняття органом одного з двох рішень надати чи ні певну можливість здійснювати певні дії) суди повинні відновлювати порушене право шляхом зобов'язання суб'єкта владних повноважень (у тому числі колегіальний орган) прийняти конкретне рішення про надання можливості, якщо відмова визнана неправомірною, а інших підстав для відмови не вбачається» [221].

У вказаному судовому рішенні Європейського суду з прав людини також зазначено, що «серед вимог, які суд визначив як такі, що впливають з фрази «передбачено законом», є наступні:

- будь-яка норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою точністю так, щоб громадянин самостійно або, якщо знадобиться, з професійною допомогою міг передбачити з часткою ймовірності, яка може вважатися розумною в даних обставинах, наслідки, які може спричинити за собою конкретну дію;

- фраза «передбачено законом» не просто відсилає до внутрішнього права, але має на увазі і якість закону, вимагаючи, щоб останній відповідав принципу верховенства права. У внутрішньому праві повинні існувати певні заходи захисту проти свавільного втручання публічної влади у здійснення прав;

- закон, який передбачає дискреційні повноваження, сам по собі не є несумісним з вимогами передбачуваності за умови, що дискреційні повноваження та спосіб їх здійснення вказані з достатньою ясністю для того, щоб з урахуванням правомірності мети зазначених заходів забезпечити індивіду належний захист від свавільного втручання влади.

Втручання повинно бути зумовлено досягненням правомірної цілі» [221].

Отже, адміністративний суд, перевіряючи рішення органу влади на відповідність закріпленим у ч. 2 ст. 2 КАС України критеріям, не має втручатися у його дискрецію (вільний розсуд).

Однак ця розумна ідея починає абсолютизуватись судами таким чином, нібито вони взагалі не вправі змушувати орган влади приймати ті чи інші адміністративні рішення в майбутньому. З такою абсолютизацією не можна погодитись, адже цілий спектр інших принципів судочинства свідчить про те, що воно має ефективно гарантувати дотримання прав особи [222].

Зокрема, Європейський суд з прав людини піднімає питання власної ефективності у своїх рішеннях. Наприклад, в рішенні у справі «І проти Сполученого Королівства» (2002 р.) Суд говорить, що «вкрай важливо, щоб Конвенція тлумачилася та застосовувалася таким чином, щоб захищати права практично та ефективно, а не теоретично та ілюзорно» (§54 рішення) [222].

Таким чином, судовим рішенням має бути забезпечене реальне відновлення порушеного прав, повернуто попереднє становище суб'єкта тощо, що висуває ряд вимог до змісту його резолютивної частини. Видається, що спір щодо застосування досліджуваного способу захисту не може вважатися вирішеним по суті, а захист – забезпеченим, у випадках, коли суд ухвалює рішення на кшталт «зобов'язати уповноважений орган розглянути вимогу». Відповідний акт не може вважатися актом правосуддя в принципі, адже при подачі певних документів до уповноваженого публічного органу він і так зобов'язаний їх розглянути. Відповідно, не можуть вважатися допустимими та такими, що забезпечують захист судові акти, якими скасовуються попередні рішення уповноважених органів, винесені за заявами позивачів, та одночасно зобов'язують уповноважені органи повторно розглянути звернення особи. Подібна практика наражає заявника на ризик отримання відмови з тотожних чи відмінних підстав, ніж це було у перший раз, з одночасним ігноруванням обґрунтованих вимог. Наприклад, коли суб'єкт господарювання здійснив усі дії для отримання у власність земельної ділянки, отримав документи і вони

оформлені належним чином, проте орган місцевого самоврядування відмовляє без належних на те підстав. Суд скасовує таке рішення та зобов'язує розглянути питання повторно, проте орган місцевого самоврядування знову відмовляє. При цьому за приписами ч. 11 ст. 118 Земельного кодексу України, «у разі відмови органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування у передачі земельної ділянки у власність або залишення заяви без розгляду питання вирішується в судовому порядку» [223].

Отже, для того, що захист права чи інтересу був ефективним і призводив до конкретного результату, суд повинен або безпосередньо прийняти рішення, яке відновлює, захищає право, або зобов'язати орган влади здійснити дії, визначені судом. Це прямо передбачено КАС України. Наприклад, ч. 2 ст. 9 КАС України зазначає, що «суд може вийти за межі позовних вимог у разі, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень». А ч. 2 ст. 5 КАС України перелічує способи захисту прав та вказує, що «захист порушених прав, свобод чи інтересів особи, яка звернулася до суду, може здійснюватися судом також в інший спосіб, який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень».

Практика застосування такого способу захисту як примус до вчинення певної дії або бездіяльності реалізована у різних категоріях спорів. Зокрема, п. 2.14 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин», наприклад, передбачає, що «за наслідками розгляду справ за позовами до органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування щодо оскарження (визнання незаконними) прийнятих ними актів з питань, пов'язаних з наданням земельних ділянок у власність чи в користування суб'єктам господарської діяльності (про відмову у передачі земельної ділянки у власність чи в користування, у продажу земельної ділянки, у наданні дозволу і вимог на розроблення проекту відведення

земельної ділянки тощо) господарський суд залежно від характеру спору може зобов'язати названі органи виконати певні дії, як цього вимагають приписи чинного законодавства, зокрема розглянути в установленому для даного органу порядку питання, яке стосується предмета спору. Водночас суд не вправі приймати рішення з питань, віднесених до виключної компетенції цих органів, наприклад, про надання земельних ділянок у власність або в користування, укладення договорів купівлі-продажу або оренди земельних ділянок, а також зазначати, яке конкретно рішення повинно бути прийнято» [224].

З урахуванням положень абз. 2 ч. 4 ст. 245 КАС України, відповідно до яких «якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні» [218], наведений приклад демонструє необхідність чіткого розмежування компетенцій судових та адміністративних органів, коли у чітко визначених випадках суду забороняється втручатися у повноваження органів управління.

Але, як зазначалося вище, поширеними на практиці є випадки, коли орган публічного управління відмовляє у продажі земельної ділянки чи передачі її у користування з інших підстав, ніж чітко передбачені у законодавстві «Оскільки така дія прямо суперечить Конституції України, законам та спеціально-дозвільним принципам діяльності суб'єктів державного управління, захист повинен відбуватися шляхом не лише констатації порушення, але й спонукання до виконання компетенційного обов'язку легалізувати своїм рішенням чи дією передбачене право особи на землекористування. В такому випадку, очевидно, може мати місце використання судами повноважень щодо спонукання відповідача до конкретної дії з виділення земельної ділянки чи передачі її у користування. Однак і така діяльність повинна здійснюватися із врахуванням наданих законом повноважень кожному з елементів апарату держави і не означає передачу судам необмежених функцій» [113].

Так, колегія суддів Вищого адміністративного суду України в ухвалі по справі № К/800/32134/15 від 17.12.2015 зазначила, що «дійсно існують випадки, у яких суд не може зобов'язати суб'єкта владних повноважень діяти певним чином і це вбачається з аналізу норм Кодексу адміністративного судочинства. Стосовно дискреційних повноважень, колегія суддів зазначає, що такими є повноваження обирати у конкретній ситуації між альтернативами, кожна з яких є законною. Прикладом таких повноважень є повноваження, які закріплені у законодавстві із застосуванням слова «може». У такому випадку дійсно суд не може зобов'язати суб'єкта владних повноважень обрати один з правомірних варіантів поведінки, оскільки який би варіант реалізації повноважень не обрав відповідач, кожен з них буде законним. Отже, у такому випадку буде відсутнім факт невиконання обов'язку та, відповідно, факт порушення прав позивача» [225].

З подібного роз'яснення робимо висновок, що дискреційна альтернатива у встановленні повноважень публічного органу стосується і права, і обов'язку ухвалювати певні рішення («повноваженнями є ті права і обов'язки, що закріплюються в документах, якими уповноважуються вказані вище особи» [226]).

Натомість, в абз. 3 п. 10.3 Постанови Пленуму «Про судові рішення в адміністративній справі» ВАСУ підкреслив, що «...суд може ухвалити постанову про зобов'язання відповідача прийняти рішення певного змісту, за винятком випадків, коли суб'єкт владних повноважень під час адміністративних процедур відповідно до закону приймає рішення на основі адміністративного розсуду» [227]. Напрацьоване практикою узагальнення знайшло своє імперативне закріплення в положеннях останньої редакції КАС: «У випадку, визначеному пунктом 4 частини другої цієї статті, суд може зобов'язати відповідача – суб'єкта владних повноважень прийняти рішення на користь позивача, якщо для його прийняття виконано всі умови, визначені законом, і прийняття такого рішення не передбачає права суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд (абз. 1 ч. 4 ст. 245 КАС України).

Але, «у разі відсутності у суб'єкта владних повноважень законодавчо закріпленого права адміністративного розсуду при вчиненні дій/прийнятті рішення, та встановлення у судовому порядку факту протиправної поведінки відповідача, зобов'язання судом суб'єкта прийняти рішення конкретного змісту не можна вважати втручанням у дискреційні повноваження, адже саме такий спосіб захисту порушеного права є найбільш ефективним та направлений на недопущення свавілля в органах влади» [116].

З зазначеного можемо зробити наступні висновки.

По-перше, застосування судових способів захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав та інтересів суб'єктів господарювання пов'язується із наявністю у господарського суду повноважень щодо офіційного підтвердження наявності або відсутності прав та/або обов'язків у уповноважених органів та осіб, наявності або відсутності примусу щодо вчинення певних дій чи утримання від них тощо. Законодавче визначення компетенційних прав та обов'язків виключно для уповноважених органів та осіб зумовлює заборону для суду приймати аналогічні рішення, по суті переймаючи невластиву для себе компетенцію.

По-друге, застосування такого судового способу захисту як зобов'язання вчинити певні дії або утриматися від них супроводжується вказівкою на необхідність прийняття конкретного рішення органами державної влади та місцевого самоврядування у випадках, коли такий примус не визнається втручанням у дискреційні повноваження відповідних осіб.

Одним із шляхів вирішення проблеми є правильне формулювання позовних вимог суб'єктом господарювання та підстав, якими вони обґрунтовуються.

Матеріали практики свідчать, що право суду зобов'язати відповідача вчинити чи утриматися від вчинення певних дій у спосіб, визначений чинним законодавством, яким може бути захищено або відновлено порушене право виникає «у разі визнання судом неправомірними дій чи бездіяльності відповідача» [227, п. 10.3]. Тобто, вирішенню питання по суті дії, про

застосування якої просить позивач, передусе встановлення факту звернення позивача до уповноваженого органу з аналогічною вимогою, її розгляд цим органом та ухвалення рішення, яке не задовольняє позивача. Власне, ухвалення неправомірного рішення уповноваженого органу дає підстави позивачеві «переадресувати» свою вимогу суду. У зв'язку із цим, формулюється логічний ланцюг послідовних дій позивача (і суду, як реакції на вимоги): отримання позитивного рішення в частині зобов'язання уповноваженого органу залежить від правомірності або неправомірності його рішення (акту) за первісним зверненням зацікавленої особи, що означає необхідність у позовній заяві формулювати одразу дві вимоги і два способи захисту: про визнання судом неправомірними дій чи бездіяльності відповідача та про зобов'язання вчинити певні дії або утриматись від них.

Так, видається неможливим ухвалення судом рішення щодо зобов'язання публічного органу вчинити певні дії або утриматись від них без юридичної оцінки правомірності акту, яким було заявникові відмовлено у його проханні. Інакше, у разі задоволення позовних вимог отримуємо два чинних акта уповноваженого органу із протилежними висновками стосовно одного питання. Зважаючи на відсутність у публічних органів права самостійно скасовувати власні рішення у зв'язку із їх неправомірністю, обґрунтованим видається висновок, що спосіб захисту щодо примусу публічних органів вчинити певні дії або утриматись від них не може бути заявлений без вимоги про визнання неправомірними та скасування попередніх рішень публічних органів з цього питання.

Такий висновок впливає з неможливості підміни компетенцій публічних органів та суду, коли вирішення питання по суті віднесено до повноважень публічного органу і зацікавлена особа не може оминати/змінити адміністративного порядку його ухвалення (див., наприклад, практику розгляду спорів про визнання протиправним та скасування рішень та зобов'язання ДФС України зареєструвати податкову накладну (розрахунок), внести до ЄДРПОУ

(ЄДР) відомості про юридичну особу чи ФОП, зареєструвати право власності та ін.).

Така особливість способу захисту права та законних інтересів у вигляді примусу до вчинення певних дій або бездіяльності характерна лише для його застосування щодо органів державної влади і місцевого самоврядування і обумовлена специфікою їхньої діяльності – будь-яке індивідуальне управлінське рішення, прийняте за вимогою (зверненням) суб'єкта господарювання, набуває форми індивідуального акту, який можна оскаржувати. Подібне не є властивим для застосування згаданого способу захисту суб'єктами господарювання у майново-господарських та внутрішньогосподарських відносинах, коли примус до вчинення певної дії або бездіяльності виступає єдиною і достатньою вимогою для забезпечення відновлення порушених прав позивача.

Зазначене широко підтверджується наявною судовою практикою, наприклад, у справі № 922/279/17 Харківське обласне комунальне підприємство «Дирекція розвитку інфраструктури території» вимагало від ПАТ «Харківгаз» відновити постачання (позовна вимога – про зобов'язання відновити постачання) [228], у справі № 910/19186/14 Г. К. вимагав від ТОВ «С.П.ЕК. Інтернешнл Ко» надати аудиторам ТОВ «Аудиторська фірма «Регістр» всі необхідні для перевірки річних фінансових звітів за 2011, 2012 та 2013 роки документи бухгалтерського, фінансового та податкового обліку протягом п'яти робочих днів з дня набрання рішенням законної сили [229] тощо.

Необхідно підкреслити іще одну особливість способу захисту, що аналізується: зобов'язання вчинити певні дії або утриматись від них може бути встановлено стосовно конкретної вимоги на теперішній час і не може встановлювати зобов'язання до вчинення чи утримання від вчинення дій на майбутнє (абз. другий п. 10.3) [227].

Законність вимог щодо оспорування дій державного органу (поведінки) стосовно суб'єкта господарювання може бути підтверджена рішенням господарського суду, що набрало законної сили. Однак, це ще не означає

виконання відповідного судового рішення, позаяк виконання такого рішення здійснюється також органом держави – державною виконавчою службою.

Передусім, звертає на себе увагу, що порядок відкриття та здійснення виконавчого провадження щодо вчинення певних дій чи утримання від здійснення дій органом державної влади взагалі не відрізняється від порядку відкриття виконавчого провадження стосовно інших суб'єктів. Для відкриття виконавчого провадження за наказом господарського суду, виконавчого листа адміністративного суду стягувачу необхідно подати заяву лише відповідно до ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» [230]. Однак, за виконавчими листами, де боржником є державний орган, наявні певні особливості, визначені Законом України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» [231].

Стаття 63 Закону України «Про виконавче провадження» встановлює порядок виконання судових рішень, за якими боржник зобов'язаний особисто вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення, з переліком відповідних виконавчих дій та строків їх виконання. Проте не варто покладатись на встановлені законом строки для виконавчих дій під час виконавчого провадження. Відповідно до згаданої ст. 63, після відкриття виконавчого провадження та закінчення терміну в 10 робочих днів на добровільне виконання рішення, державний виконавець перевіряє виконання рішення не пізніше, ніж на наступний робочий день після закінчення строку на добровільне виконання рішення. А якщо рішення підлягає негайному виконанню, перевірка здійснюється не пізніше як на третій робочий день після відкриття виконавчого провадження. Однак, як показує практика, під час виконання судових рішень ця норма часто не працює. Перевірка виконання рішення здійснюється у кращому випадку через кілька днів після закінчення строку на добровільне виконання. Існує досить багато можливостей для затягування виконання у цьому випадку:

- очікування відповіді від боржника з урахуванням можливих затримок з доставкою поштової кореспонденції;

- значне навантаження державних виконавців великою кількістю справ тощо.

На відміну від попередньої редакції Закону України «Про виконавче провадження», де передбачались строки здійснення виконавчого провадження, де державний виконавець по рішеннях суду немайнового характеру повинен провести виконавчі дії у двомісячний термін, а по інших виконавчих документах – протягом шести місяців з дня винесення постанови про відкриття виконавчого провадження, на теперішній час такі строки не передбачено: виконавче провадження наразі здійснюється з дотриманням категорії «розумність строків» та лише по окремим виконавчим діям передбачені конкретні строки прийняття рішень виконавцями.

Порядок виконання рішення щодо вчинення певних дій або утримання від їх вчинення, встановлений у ст. 63 Закону України «Про виконавче провадження», передбачає спрямування державним виконавцем вимог боржнику щодо виконання судового рішення та накладення штрафів.

Разом із тим, маємо конфлікт інтересів у протидії виконанню судових рішень. Тут мають бути надані повноваження приватним виконавцям, або система штрафів буде неефективно.

Йдеться саме про штрафні санкції, адже накладання арешту на майно, яке зазвичай застосовується в інших провадженнях, тут навряд чи є можливим, з огляду на можливе блокування функцій держави, що є неприпустимим. Отже лише у накладанні штрафів, надісланні повідомлення про вчинення кримінального правопорушення органам досудового розслідування тут може мати хоч якусь дію. Однак вимогами, штрафами, повідомленнями про вчинення кримінального правопорушення складно забезпечити виконання рішень. Стягувач не отримає ефективний механізм реалізації судового рішення навіть в випадку порушення кримінальної справи, адже судові рішення не буде виконано. Як вірно зазначає М. Гріцишина, значним недоліком у законодавстві залишається саме відсутність реальних механізмів для виконання державним

виконавцем судових рішень щодо вчинення певних дій державним органом [232].

При цьому судова практика виявила досить значні проблеми із виконанням законодавства у цій сфері. Зокрема, відмова або повернення заявнику його документів (виконавчого листа) через те, що у відповідача відсутній розрахунковий рахунок для списання таких коштів, що суперечить ст. 3 Закону України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень». Навіть у випадку відсутності відповідного рахунку боржника в органах казначейської служби, стягнення коштів відбувається за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду.

Хоча в поодиноких випадках можна зустріти справедливе посилання на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Кечко проти України», де зазначається, що «відсутність відповідних рахунків для виплат за виданим виконавчим листом, тощо не можуть прийматися до уваги, оскільки реалізація права, що пов'язане з отриманням бюджетних коштів, яке базується на спеціальних та чинних на час виникнення спірних правовідносин нормативно-правових актах національного законодавства, не може бути поставлена у залежність від бюджетних асигнувань. Європейський суд наполягає, що це не є причиною для невиконання» [233].

Важливу норму в контексті забезпечення належного і своєчасного виконання рішень, ухвалених не на користь публічних органів, встановлює КАС України, встановлюючи право для суду визначити відповідачу – суб'єкту владних повноважень розумний строк виконання рішення суду (ч. 6 ст. 245 КАС України). Хоча, більш дієвими в цьому контексті слід визнати положення ст. 267 попередньої редакції КАС України, за якими суд мав право зобов'язати суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення. У разі неподання такого звіту суддя міг своєю ухвалою може встановити новий строк подання звіту, накласти на керівника суб'єкта владних повноважень,

відповідального за виконання постанови, штраф у розмірі від десяти до тридцяти мінімальних заробітних плат.

Очевидно, що норми, що містять конкретні приписи щодо обов'язку застосувати санкції до осіб, створюють значно більшу гарантію для зацікавлених осіб, що рішення суду буде виконане. З огляду на це, вважаємо більш доцільним (дієвим) формулювання в імперативній формі для суда обов'язку (а не права) встановлювати конкретний строк виконання рішення публічному органу і вимагати звіту про його виконання. Відтак, слід викласти ч. 6 ст. 245 КАС України в наступній редакції:

«1. Суд, який ухвалив судові рішення в адміністративній справі, зобов'язує суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення.

2. За наслідками розгляду звіту суб'єкта владних повноважень про виконання постанови суду або в разі неподання такого звіту суддя своєю ухвалою може встановити новий строк подання звіту, накласти на керівника суб'єкта владних повноважень, відповідального за виконання постанови, штраф у розмірі від десяти до тридцяти мінімальних заробітних плат».

Отже, при примусі публічних органів влади до вчинення певної поведінки суди повинні відновлювати права суб'єктів господарювання та додержуватися призначення правосуддя, принципів права, не абсолютизуючи дискреційні повноваження органів влади. Вірне визначення способу захисту у конфлікті з органами публічної влади є підґрунтям для досягнення правомірної цілі, якої прагне суб'єкт господарювання, та отримання належного виконання.

3.2. Вирішення спорів про установлення, зміну і припинення господарських правовідносин

Загальний порядок укладення договорів, в тому числі й за рішенням суду врегульовано нормами ГК та ЦК України.

ГПК України передбачає положення про те, що господарськими судам за правилами ГПК розглядаються «спори, які виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні правочинів у господарській діяльності» (п. 1 ч. 1 ст. 20 ГПК України).

Досудовий порядок врегулювання спорів, що виникають під час укладання, зміни та розірвання господарських договорів, регламентований ГК України і може впевнено використовуватися господарюючими суб'єктами для врегулювання таких спорів. Це не тільки розвантажує господарські суди, але й зберігає добрі відносини між суб'єктами господарювання та прискорює врегулювання суперечностей між ними. У зв'язку з цим встановлення обов'язкового застосування даного порядку уявляється доречним та обґрунтованим.

Проект договору та протокол розбіжностей є доказами щодо вжиття заходів досудового врегулювання господарських спорів, але вони і є свідченням існування спору, який виник внаслідок недосягнення згоди і який сторони передають на вирішення господарського суду. Не випадково І. Зайцев зазначав, що протокол розбіжностей є актом повідомлення про наявність переддоговірного спору.

Також слід пам'ятати, що відповідно до ст.ст. 181, 187 ГК України, «якщо сторона, яка одержала протокол розбіжностей щодо умов договору, заснованого на державному замовленні або такого, укладення якого є обов'язковим для сторін на підставі закону, або сторона – виконавець за договором, що в установленому порядку визнаний монополістом на певному ринку товарів (робіт, послуг), не передасть у двадцяти денний строк до суду розбіжності, що залишилися неврегульованими, то пропозиції другої сторони вважаються прийнятими».

Такі положення обумовили появу спорів із приводу переддоговірних відносин. У таких спорах суб'єкти господарювання отримують можливість захистити певні права на укладання (зміну) чи розірвання договору. За

характером це дві різні категорії спорів: із приводу узгодження умов договору та щодо примусу до укладання договору загалом.

Набуття чинності ЦК та ГК України створили нову ситуацію із розглядом таких спорів завдяки конструкції «обов'язку укласти договір за рішенням суду», яке відомо ГК, але не відомо ЦК України. Так наприклад, приймаючи Постанови від 11 березня 2008 року у справі № 6/164/07; від 13 грудня 2007 року у справі № 13/257; від 4 жовтня 2006 року у справі № 20-12/069; від 13 жовтня 2007 року у справі № 7/768, ВГСУ дійшов висновків, що укладення договору за рішенням суду можливе лише у випадках, передбачених нормами ГК та ЦК України. Тому звернемось до аналізу законодавчих підстав для звернення до суду з вимогами про спонукання до укладення договору.

Не дивлячись на таке відсилання до ГК та ЦК, воно не є досить точним. Відносно ж цивільних договорів застосування такого способу захисту не уявляється можливим, оскільки новий ЦК України закріпив положення, відповідно до яких при невиконанні стороною обов'язку (відповідно до закону або договору) укласти договір, вона отримала змогу звернутися до суду із вимогою про стягнення шкоди (збитків).

Спонукання особи укласти договір в судовому порядку визнається відповідним інтересам особи, право якої порушене [4, с. 6]. Але не можна відкидати принцип свободи волевиявлення сторін щодо укладення договору та вибору контрагентів. Можливість зобов'язання укласти договір за рішенням суду існує як виняток з цього правила, який може бути застосований лише у випадках, прямо передбачених законом [234].

За загальним правилом, під час укладання господарських договорів діє принцип диспозитивності, який передбачає перш за все свободу волевиявлення сторін щодо укладення договорів. Це впливає з положень ст. 627 ЦК України, згідно з якою під поняттям «свобода договору» розуміється, що сторони є вільними: 1) в укладенні договору, 2) у виборі контрагента, 3) у визначенні умов договору з урахуванням вимог цього кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Однак виходячи з меж здійснення цивільних прав (ст. 13 ЦК України) у випадках, передбачених законом, реалізація абсолютного права на свободу волевиявлення щодо укладення господарського договору може бути обмежена іншим суб'єктивним правом – вимагати укладення такого договору.

Зокрема, у ст. 20 ГК України передбачено спосіб захисту прав та законних інтересів шляхом установлення, зміни і припинення господарських правовідносин, тоді як ст. 16 ЦК України, передбачається захист прав шляхом зміни та припинення правовідношення. Яким же чином діяти при необхідності врегулювати розбіжності, що виникають при укладенні договорів або ухиленні (небажанні) іншої сторони укласти договір? Відповідь на це питання міститься в нормах ст. 649 ЦК України та ст. 181, 187 ГК України. Як видно, з аналізу вказаних норм, особа, може звернутися до суду з вимогою врегулювати розбіжності в зв'язку з неузгодженістю сторонами умов договору лише в певних випадках. Такими випадками є:

1. розбіжності, що виникли між сторонами при укладенні договору на підставі правового акту органу державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування;

2. якщо на звернення до суду з питання врегулювання переддоговірних розбіжностей є згода сторін;

3. в інших випадках, передбачених законом.

Що стосується спорів про спонукання до укладення договору у разі ухилення (небажання) іншої сторони укласти договір, то в цьому випадку необхідно звернути увагу на наступне. Зокрема, ст. 187 ГК України передбачає, що особа може звернутися до суду з вимогою про зобов'язання (спонукання) укласти договір в таких випадках:

1. «якщо укладення договору засновано на державному замовленні»;
2. «якщо укладення договору є обов'язковим на підставі закону»;
3. «якщо укладення договору передбачено угодою сторін»;
4. «якщо договір має бути укладений на підставі попереднього договору».

Виходячи з цих норм, не може бути підставою укладення договору вказівка на обов'язковість його укладення, якщо вона встановлена в підзаконних або інших нормативно-правових актах. Не випадково, в рішенні Господарського суду Донецької області від 20.09.2004 у справі № 20/250пд, яке залишено без змін Постановою ВГСУ від 15.12.2004, де зазначено, що «укладення договору за рішенням суду можливе лише у випадках, коли обов'язок сторін укласти договір прямо передбачений законом, а не будь-яким іншим нормативно-правовим актом».

Зокрема, в Законі України «Про автомобільний транспорт» 05.04.2001 № 2344-III встановлено, що власники автостанцій зобов'язані укласти договір з автомобільним перевізником, що здійснює перевезення пасажирів на автобусних маршрутах загального користування, тільки за наявності в нього договору із органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування про організацію перевезення на автобусних маршрутах загального користування чи дозволу органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування на обслуговування маршрутів загального користування, що пролягають через цю автостанцію, та інших Законах України.

Тобто, під укладенням договору на підставі закону розуміється імперативне застереження про це в законі. Відсутність такого застереження зумовлює відмову в задоволенні позовних вимог про зобов'язання укласти договір з огляду на порушення ст. 19 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачене законом.

Важливо, що така обумовленість у законі має бути викладена в імперативній формі з прямою вказівкою на обов'язок відповідної сторони укласти договір. Відповідно до ст. 179, 187 ГК України не є достатньою підставою для спонукання до укладення договору загальне посилення в законі на договірну форму регулювання тих чи інших правовідносин. Так, у постанові Вищого господарського суду України від 15.01.2008 у справі № 20/175 відмовлено в задоволенні позовних вимог про зобов'язання укласти договір, оскільки ст. 5 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів

державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», на яку посилався позивач, не містить вказівок на обов'язковість укладення відповідних угод. Зокрема, ч. 1 ст. 5 зазначеного Закону визначає, що порядок фінансування ЗМІ по висвітленню діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, засновниками чи співзасновниками яких є ці органи, визначається в договорах між органами державної влади та органами місцевого самоврядування і редакції ЗМІ [235].

Як свідчить судова практика, багато позовів про спонукання до укладення договорів складають позови про зобов'язання укласти договір оренди земельної ділянки. Правова позиція ВГСУ при вирішенні таких справ зводиться до того, що суд не застосовує до спірних правовідносин ст. 179, 187 ГКУ України, оскільки ні Земельний кодекс України, ні Закон України «Про оренду землі» 06.10.1998 (зі змінами) № 161-XIV не передбачає обов'язок власника земельної ділянки (органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування) прийняти рішення про укладення договору оренди землі. Така позиція є цілком обґрунтованою та відповідає чинному законодавству. Ст. 116 Земельного кодексу України (надалі – ЗК України) визначає, що «громадяни та юридичні особи набувають право власності та право користування земельними ділянками із земель державної та комунальної власності за рішенням органів виконавчої влади або органу місцевого самоврядування в межах їх повноважень, визначених цим Кодексом або за результатами аукціону». Відповідно до ст. 124 ЗК України «передача в оренду земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності, здійснюється на підставі рішення відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування шляхом укладення договору оренди земельної ділянки». Згідно з п. 34 ст. 26, п. 2 ст. 77 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 (зі змінами) № 280/97-ВР «питання надання земельної ділянки в оренду вирішується на пленарному засіданні ради – сесії, а спори про поновлення порушених прав юридичних і фізичних осіб, що виникають у результаті рішень, дій чи бездіяльності органів або посадових осіб місцевого самоврядування,

вирішуються в судовому порядку». Тобто мається на увазі, що прийняття рішення про надання в оренду земельної ділянки із земель державної та комунальної власності є не обов'язком органів державної влади чи місцевого самоврядування, а їхнім правом. Іншими словами, це прояв вільного волевиявлення власника щодо реалізації свого права на розпорядження своїм майном, яке гарантується законом та впливає з принципу диспозитивності при укладенні господарських договорів.

Винятками є випадки, коли власник вже прийняв відповідне рішення про надання земельної ділянки в оренду, але ухиляється від укладення договору. Це зумовлене тим, що законодавство не передбачає підстав для відмови уповноваженого органу від укладення такого договору за наявності чинного рішення цього ж органу про надання земельної ділянки в оренду. Позиція ВГСУ щодо цього викладена, зокрема, в постанові від 22.05.2008 у справі № 39/146. Крім того, при вирішенні подібного спору, що має на меті захист порушених чи оспорюваних прав та інтересів позивача судом, підлягає встановленню, у чому саме полягає порушення прав позивача відповідачем: чи звертався позивач до власника з відповідною пропозицією та які наслідки цього звернення.

Однак не завжди практика ВГСУ при вирішенні переддоговірних земельних спорів була однозначною. Приблизно до 2008 р. ВГСУ виносив протилежні рішення: задовольняв позовні вимоги про спонукання до укладення договору оренди за умови встановлення судом відсутності підстав для відмови позивачу в наданні земельної ділянки у строкове користування. Це пов'язане з прийняттям ВГСУ оглядового листа від 30.11.2007, де було чітко окреслено, що необхідною умовою укладення договору оренди земельної ділянки, яка перебуває в державній або комунальній власності, є наявність рішення відповідного органу про надання земельної ділянки в оренду. Тому зобов'язання цього органу надати земельну ділянку в користування на підставі договору оренди за відсутності відповідного рішення є порушенням його

виключного, передбаченого ст. 13, 41 Конституції України права на здійснення права власності від імені українського народу та управління землями.

Не менш цікавим у контексті повноважень суду щодо вирішення земельних переддоговірних спорів є продовження строків договору оренди земельної ділянки на підставі ст. 33 Закону України «Про оренду землі». Згідно із цією статтею після закінчення строку, на який було укладено договір оренди землі, орендар, що належно виконував обов'язки відповідно до умов договору, має за інших рівних умов переважне право на поновлення договору. Якщо орендар продовжує користуватися земельною ділянкою після закінчення строку оренди, то за відсутності письмових заперечень орендодавця протягом місяця після закінчення строку договору він підлягає поновленню на той самий строк. Тобто, фактично йдеться про переважне право орендаря на укладення договору оренди землі та гарантію його автоматичної пролонгації в разі відсутності письмових заперечень орендодавця протягом місяця після закінчення строку оренди. Слід зазначити, що ВГСУ в листі від 30.11.2007 висловив протилежну думку та зазначив, що ця норма не передбачає автоматичного поновлення договору оренди земельної ділянки за відсутності заперечень з боку сторін, а лише визначає, що в цьому разі договір підлягає поновленню.

З таким висновком важко погодитись, адже суд буквально тлумачить норму, не враховуючи мету та зміст гарантій орендаря, які закріплені законодавцем. Така логіка суду зводить нанівець гарантії орендаря щодо продовження строку дії договору, закріплені у ст. 33 Закону «Про оренду землі», оскільки власник землі незалежно від впливу місячного строку, встановленого для пред'явлення письмових заперечень, може відмовитися від пролонгації договору, прийнявши відповідне рішення про відмову. На користь такого висновку свідчить і вказівка про можливість оскарження до суду відмови, а також зволікання в укладенні додаткової угоди до договору оренди землі (ч. 11 ст. 33 Закону України «Про оренду землі») – цілком допустимі дії з боку орендодавця.

Автоматичність продовження строку дії договору передбачає, що останній вважається укладеним на такий самий термін на тих самих умовах. Отже, якщо після спливу місячного терміну, передбаченого для пред'явлення заперечень щодо пролонгації договору оренди, орендодавець фактично відмовляється переоформити відповідну угоду на новий строк, орендар має право звернутися до суду з вимогою визнати договір оренди продовженим на той самий строк.

Остання позиція ВСУ з цього питання є однозначною: ...«сутністю переважного права є укладення договору найму на новий строк зі встановленням умов за домовленістю сторін, а не його автоматичне поновлення. Наймач повинен повідомити наймодавцю про своє переважне право у строк, визначений у договорі, або в розумний строк до закінчення строку договору найму. У разі якщо наймач не надсилає повідомлення наймодавцю, він відмовляється від здійснення свого переважного права. На виконання викладених вимог суд установлює, з якою метою буде використовуватися нерухоме майно, що є предметом договору. Ця обставина в разі з'ясування, що майно буде знову передаватися в оренду, свідчитиме про порушення власником вимог, установлених ч. 3 ст.17 закону» (Закон «Про оренду державного та комунального майна» встановлює переважне право орендаря (примітка В.П.)). «Неврахування судом переважного права наймача, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, на укладання договору найму на новий строк, свідчить про ігнорування національними судами практики Європейського суду з прав людини в розрізі захисту права власності та є підставою для констатації порушення ст.1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, у справі «Стрейтч проти Сполученого Королівства» Суд дійшов висновку, що заявника слід вважати особою, яка мала принаймні законне сподівання на реалізацію передбаченого договором права на продовження строку оренди, і в цілях ст.1 Першого протоколу таке законне сподівання можна вважати додатковою

частиною майнових прав, наданих йому муніципалітетом Дорчестера за орендним договором (п.35)» [236].

Отже, судова практика виходить з принципу відсутності безумовного права орендаря на пролонгацію договорів оренди (найму), проте з огляду на практику Європейського суду з прав людини визнає можливість судового захисту подібного майнового права. Таким чином, суд, розглядаючи подібні позовні вимоги, має встановлювати ухилення від погодження умов договору та інші дії або бездіяльність відповідача, що свідчитимуть про порушення переважного права орендаря (наймача) на продовження договору.

В контексті досліджуваного питання слід звернути увагу і на застосування такого способу захисту права, як визнання договору укладеним. Велика Палата Верховного Суду в Постанові від 05.06.2018 по справі № 338/180/17 висловила позицію щодо визнання договору укладеним. Так, «договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся) у разі, якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору. Якщо одна зі сторін здійснила фактичні дії щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами ЦК України (частина восьма статті 181 ГК України). З огляду на вказані приписи не можна вважати неукладеним договір після його повного чи часткового виконання сторонами. Якщо дії сторін свідчать про те, що договір фактично був укладений, суд має розглянути по суті питання щодо відповідності цього договору вимогам закону» [237].

Проте зауважимо, що встановив суд факт укладення договору у мотивувальній частині, а в резолютивній – залишив в цій частині без задоволення, що цілком відповідає вже усталеній практиці. Суд відзначив, що стягнення різниці між перерахованим позивачем авансом і вартістю поставлених йому відповідачем брусів за результатами часткового виконання вже укладеного сторонами договору підряду було ефективним способом захисту права відповідача, і в цій частині вимоги задовольнив.

Отже, доводиться констатувати, що визнання договору укладеним сьогодні залишається питанням встановлення факту, проте не визнається судом

у якості самостійного способу захисту. Це, зокрема, дає підстави вважати, що і вимога визнати договір укладеним у разі його пролонгації так само не буде задоволеною. Між тим, визнання договору укладеним може набути значення способу захисту разі визнання за господарськими судами повноважень щодо встановлення фактів у рамках окремого провадження.

Ще одним питанням, яке постає при укладенні договорів за рішенням суду є питання необхідності викладення договору в формі єдиного документу, якщо такі вимоги до форми договору встановлені законом. Чіткої відповіді на це запитання законодавство не містить. Однак, аналізуючи положення ч. 2 ст. 187 ГК України, якою передбачено, що «день набрання чинності рішенням суду, яким вирішено питання щодо переддоговірного спору, вважається днем укладення відповідного господарського договору, якщо рішенням суду не визначено інше», можна дійти висновку, що якщо інше не буде зазначено в рішенні суду, викладення договору в формі єдиного документу не є обов'язковим.

Однак, відповідно до ч. 9 ст. 238 ГПК України у спорі, що виник при укладанні або зміні договору, в резолютивній частині вказується рішення з кожної спірної умови договору, а у спорі про спонукання укласти договір – умови, на яких сторони зобов'язані укласти договір, з посиланням на поданий позивачем проект договору.

Зазначена норма видається доцільною та обґрунтованою, оскільки викладення змісту договору в судовому рішенні є умовою повноти, законності, обґрунтованості та зрозумілості для сторін своїх прав та обов'язків. Невизначення судом умов договору, на яких його укладено, зумовлює неможливість набуття ним чинності разом з рішенням суду та нездатність цього способу захисту досягти мети, задля якої він передбачений законом, – визнання прав та законних інтересів позивача.

Якщо сторони не досягли згоди щодо внесення змін до договору або його розірвання, заінтересована сторона може вимагати зміни або розірвання договору в судовому порядку за наявності достатніх підстав. До відсутності

згоди однієї із сторін на внесення змін до договору або його розірвання прирівнюється і неодержання відповіді на пропозицію змінити або розірвати договір.

Позови про зміну або припинення договору є позовами про перетворення, що спрямовані на зміну або припинення господарських правовідносин, тобто є процесуальним засобом реалізації відповідного способу захисту прав суб'єктів господарювання, передбаченого ст. 20 ГК України.

Неодержання сторонами визначеного ст. 188 ГК України порядку внесення змін до договору або його розірвання не можна кваліфікувати як недотримання досудового порядку врегулювання спору, а слід оцінювати як невиконання умови договору про дотримання цього порядку та/або недотримання вимог законодавства [238].

Згідно п.6 ч.2 ст.16 ЦК України, ч.2 ст.20 ГК України одним із способів захисту прав та інтересів є зміна правовідношення, отже суд може захистити порушене право шляхом зміни умов договору за рішенням суду, а не зобов'язанням відповідача укласти додаткову угоду, оскільки відповідно до ч.5 ст.188 ГК України «якщо судовим рішенням договір змінено або розірвано, договір вважається зміненим або розірваним з дня набрання чинності даним рішенням, якщо іншого строку набрання чинності не встановлено за рішенням суду».

ВГСУ в своїй постанові від 04.03.2010 у справі № 6/403 зазначив, що ні ГК України, ні ЦК України не передбачають такого способу захисту прав суб'єктів господарювання як визнання договору розірваним з конкретної дати, Цивільним та Господарським кодексами України не встановлено такий спосіб захисту права як визнання правовідносин припиненими. ВГСУ в даній справі вважає, що вимога про визнання договору розірваним з конкретної дати за своєю суттю є вимогою встановити юридичний факт, який може встановлюватися судом лише під час вирішення спору про право, а тому вимоги позивача не можуть виступати самостійним предметом спору і відповідно способом захисту [239]. Однак не можна погодитися з таким

висновком ВГСУ, адже в ст. 20 ГК України чітко встановлений такий спосіб захисту як припинення господарських правовідносин. Наприклад, припинення зобов'язань унаслідок неможливості виконання незалежно від вини однієї із сторін у настанні обставин, що обумовили неможливість виконання передбачено п. 1, п. 6 ст. 1044 ЦК України, ч. 1 ст. 593 ЦК України та деякими іншими законами.

Слід погодитися з С.О. Теньковим, що інститути розірвання та відмови від виконання господарських договорів мають єдину правову природу – припинення договірних відносин, проте відрізняються за способами їх здійснення. «Якщо розірвання договору – це спосіб припинення договірних відносин шляхом звернення правомочної особи до зобов'язаної, то відмова від договору – це спосіб припинення договірних зобов'язань правомочною особою в односторонньому порядку. Відмова від виконання договору (зобов'язання) є одним з видів оперативно-господарських санкцій (п. 1 ч. 1 ст. 236 ГК України)» [240, с. 106].

Відповідно до ст. 654 ЦК України правочин про зміну або розірвання договору чиниться в тій самій формі, що і договір, якщо із закону, інших правових актів, договору або звичаїв ділового обігу не витікає інше. Крім того, варто зазначити, що не можна розірвати або ж змінити вже виконаний договір.

Отже, застосування способів захисту, направлених на встановлення, зміну чи припинення правовідношення, реалізується в рамках принципу договірної свободи сторін, що дає можливість широко їх застосовувати не лише у випадках, чітко передбачених законом. При застосуванні цих способів захисту чітко прослідковується їх процедурно-процесуальний характер – як в рамках самозахисту, так і судової форми.

3.3. Примус до виконання господарського зобов'язання в натурі

Питання виконання господарських зобов'язань займає важливе місце в правовому регулюванні господарських відносин.

Здійснюючи господарську діяльність, суб'єкти господарювання укладають різні договори, чим визначають зобов'язання для виконання. Господарське законодавство України визначає, що зобов'язання повинні виконуватися. Це підтверджує і постулат римського права «*Pacta sunt servanda*», який означає, що «Договори повинні дотримуватися».

На практиці ж виконання зобов'язань не завжди відбувається відповідно до умов укладеного договору, що призводить до негативних наслідків для однієї зі сторін, позначається на господарській діяльності суб'єкта господарювання, чиї права та інтереси порушені. Одним із способів захисту у даному випадку є присудження до виконання зобов'язань в натурі, який передбачений ст. 20 ГК України. Даний спосіб захисту передбачений і ЦК України, який, встановлюючи такий спосіб захисту цивільних прав та інтересів, не визначає підстав і умов його застосування, в законодавчому регулюванні чого існує необхідність [241]. Зазначимо, що в ст. 20 ГК України передбачений такий спосіб захисту прав суб'єктів господарювання, як присудження до виконання обов'язку в натурі, а в ст. 16 ЦК України способом захисту визначено примусове виконання обов'язку в натурі.

Як слушно зауважує Н. Плюшкевіч, тільки в теорії права механізм регулювання правовідносин є прозорим і досконалим, тоді як на практиці «людський фактор» вносить свої, часом непередбачувані, корективи. У доктрині та судовій практиці зарубіжних країн вирішення проблеми юридичних наслідків невиконання або неналежного виконання зобов'язання сформувалися протилежні підходи. По праву країн континентальної правової сім'ї обов'язок виконати зобов'язання в натурі є основним, а вимога про грошову компенсацію збитків (як чисто майнова санкція) розглядається як другорядна [242]. По праву країн загального права – навпаки. Який же підхід є більш ефективним при захисті прав суб'єктів господарювання?

Дослідженням даного питання займалися такі вчені-юристи як Т.В. Боднар, Е.А. Васильєв, Р. Зіммерман, А.Г. Карапетов, О. Ландо, А.С. Комаров, К. Осаке, Н. Плюшкевіч, А.К. Романов та інші.

Ст. 193 ГК України передбачає загальні умови виконання господарських зобов'язань у натурі, тобто шляхом вчинення боржником саме тієї дії, що становить зміст зобов'язання без заміни цієї дії грошовим еквівалентом у вигляді відшкодування збитків і сплати неустойки, крім випадків, коли інше передбачено законом або договором або уповноважена сторона відмовилася від прийняття виконання зобов'язання. Тобто законодавством України передбачено реальне виконання обов'язку в натурі.

Однак не завжди суб'єкт господарювання має можливість відновити свої порушені права, якщо доручить виконання третім особам чи укладе договір з іншою особою.

Вимога закону про виконання господарського зобов'язання в натурі підкріплюється положенням ч. 2 ст. 194 ГК України, згідно з яким «неналежне виконання зобов'язання третьою особою не звільняє сторони від обов'язку виконати зобов'язання в натуральній формі, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 193 ГК України». Крім того, ст. 234 ГК України передбачає, що «сплата штрафних санкцій за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання не звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі».

Принцип реального виконання господарських зобов'язань означає необхідність виконати зобов'язання в натурі, тобто здійснити конкретну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу). Зазначений принцип реального виконання підпорядковується генеральному принципу належного виконання – будь-яке належне виконання є водночас реальним виконанням.

При цьому слід зазначити, що так як принцип реального виконання вимагає виконання зобов'язання саме тим боржником, який зобов'язався за договором, такий спосіб захисту, як покладання на боржника негативних майнових наслідків, викликаних заміною контрагента в результаті порушення первісним боржником своїх зобов'язань (інакше кажучи, виконання зобов'язання не боржником, а за рахунок одного), не призводить до реалізації принципу реального виконання. Навпаки, ця поведінка кредитора якраз і є

типовим прикладом властивої капіталістичним країнам заміни реального виконання на стягнення грошової компенсації [243, с. 38-39].

Принцип реального виконання вказує, що предмет зобов'язання боржника не може бути їм довільно замінений на гроші, а залишається незмінним до тих пір, поки сам кредитор або не погодиться на розірвання договору і отримання грошового сурогату виконання замість нього, або не витребує предмет виконання шляхом застосування методів прямого або непрямого примусу, на що у нього за загальним правилом є відповідне право [243, с. 50].

У німецькому праві суть договірної зобов'язання полягає в його виконанні в натурі боржником (ст. 241 Німецького цивільного уложення – надалі НЦУ). Відповідно, виконання в натурі допускається, навіть якщо сплата збитків або неустойки адекватно покрила б збиток кредитора. Виконання в натурі не допускається, лише якщо: подальше виконання в натурі неможливо; виконання в натурі вимагає послуги третьої особи, крім самого боржника; виконання в натурі вимагає спеціальних навичок (наприклад, наукових або художніх) боржника; виконання в натурі примушує боржника виконати персональні послуги за трудовим договором. За невиконання рішення суду про виконання в натурі суд може посадити боржника в тюрму і / або стягнути з нього штраф в необмеженому розмірі на користь державної скарбниці. Виконання в натурі допускається судом як загальне правило. Одним словом, в німецькому праві виконання в натурі застосовується судом як загальне правило, а сплата збитків – як виняток із загального правила [86, с. 274].

За Єдиним торговельним кодексом США (ст. 2 – 716) оплата збитків вважається неадекватною в наступних випадках: об'єкт договору купівлі-продажу є унікальним (незамінним); кредитор не може укласти подібний договір в існуючому відкритому ринку; в «інших відповідних ситуаціях», які суд має право тлумачити в кожному конкретному випадку. У французькому праві, як і в німецькому, суть договірної зобов'язання полягає в його виконанні в натурі. Відповідно до ст. 1183 Цивільного кодексу Франції

виконання в натурі допускається, навіть якщо оплата збитків або неустойки адекватно покрила б шкоду. Виконання в натурі не допускається, лише якщо подальше виконання в натурі неможливо. Але суд не має права примусити людину виконати персональні послуги (ст. 1142). Суд може лише змусити боржника надати певний товар або речі кредитору. За невиконання вироку суду про виконання в натурі суд не має права посадити боржника в тюрму. Він може лише накладати штраф (*astreinte*). Якщо боржник все одно не виплатить штраф, суд може збільшити розмір штрафу неодноразово.

По праву Російської Федерації у разі неналежного виконання договору оплата збитків або неустойки не звільняє боржника від виконання в натурі, якщо подальше виконання в натурі можливо. У разі невиконання зобов'язання оплата збитків або неустойки звільняє боржника від виконання в натурі, якщо в законі або договорі не передбачено інше (ст. 396 п. 2, ст. 405 п. 2, ст. 409, 505 ЦК РФ). Якщо оплата збитків достатньо покриє збитки кредитора, суд не допускає виконання в натурі (тобто діє принцип адекватності збитків). Якщо подальше виконання в натурі неможливо, суд не допускає виконання в натурі (тобто діє принцип подальшої неможливості виконання в натурі). Виконання в натурі допускається на розсуд суду по кожній конкретній справі [86, с. 274 - 275].

Складно не погодитися з Боднар Т.В., яка зазначає, що «виконання зобов'язання в натурі має розглядатися як принцип співвідношення відповідальності і виконання зобов'язання в натурі, зміст якого полягає в тому, що, по-перше, обов'язком боржника, як і до моменту застосування до нього заходів майнової відповідальності, залишається належне виконання зобов'язання, по-друге, таке виконання має бути виконане в натурі, що не допускає (за загальним правилом) заміни предмета виконання зобов'язання. Виконання зобов'язання є тим кінцевим результатом, якого бажали досягти сторони, укладаючи договір» [244].

В.С. Петров вказує, що при прийнятті судового рішення про присудження до виконання зобов'язання в натурі суд може зіткнутися з юридичною або

фактичною неможливістю виконання цього зобов'язання, враховуючи, зокрема, положення Закону України «Про виконавче провадження» або обставини справи. Звичайно, проблема лежить і в площині принципу диспозитивності сторін у господарському або цивільному процесі – в разі, якщо сторона вимагає такий спосіб захисту, який неможливо ефективно виконати в зв'язку з прогалинами законодавства про виконавче провадження або збереженням елементів волевиявлення боржника на таке виконання, суд не може втручатися в компетенцію суб'єкта господарювання і відмовляти в захисті порушеного права обраним позивачем способом [245, с. 454].

Як слушно зазначає А.Г. Карапетов, судові рішення має мати на увазі наявність чіткого, доступного і ефективного механізму його реалізації. Інакше сенс винесення рішення втрачається, породжуються ситуації невиконання рішень, а в підсумку – зниження авторитету судової влади [243, с. 11-18].

У праві Франції передбачено, як виняток, право кредитору з дозволу суду, отримати виконання на стороні за рахунок боржника [246, с. 399]. Цей виняток застосовується на практиці тільки там, де обов'язок боржника має особистий характер або виконання стало неможливим [247, с. 320]. Хоча й відмічається, що суди виносять рішення і про відібрання речей (індивідуально-визначених або родових), та про вчинення тих чи інших дій нетоварного характеру (призначення арбітра, звільнення квартири, розкриття інформації і т.д.) [247, с. 204].

У Німеччині кредитори, як правило, призначають боржникові термін в порядку ст. 250 НЦУ для виконання в натурі, після закінчення якого вони набувають право вимагати грошову компенсацію [249, с. 53].

Відповідно до § 251 НЦУ грошове відшкодування допустимо, якщо виконання в натурі виявиться неможливим або недостатнім для повного відшкодування кредитору. Заміна виконання в натурі грошовою компенсацією допускається як виняток.

Англо-американське право, розуміє юридичний зміст зобов'язання як борг, який завжди може бути виражений в грошах. Як загальний принцип

кредитор може в разі порушення договірної зобов'язання вимагати від боржника тільки грошову компенсацію. Суд може винести рішення про виконання в натурі «лише в двох формах залежно від змісту порушеною боржником обов'язку: а) у формі *specific performance*, коли боржник присуджується до вчинення будь-яких дій, наприклад до передачі речі; б) у формі заборонного наказу (*injunction*), коли боржнику забороняється здійснення будь-яких дій, що порушують його зобов'язання за договором». Примусове ж виконання зобов'язання в натурі розглядається як засіб екстраординарний, винятковий, що застосовується на розсуд суду в тих випадках, коли він вважатиме, що грошова компенсація, яку отримає кредитор у зв'язку з невиконанням зобов'язання, не зможе адекватно захистити його інтереси. Для суду, який розглядає питання про неможливість присудження боржника до виконання зобов'язання в натурі, не має значення пряме включення в договір обов'язку виконання в натурі [250, с. 456 - 462].

У Німеччині не існує будь-яких обмежень щодо можливості застосування непрямого примусу боржника до виконання покладених на нього обов'язків. Механізм такого тиску – передбачені договором пені за прострочення виконання зобов'язання. Кредитор може не вдаватися до позову про присудження до виконання в натурі, а наполягати на примусовому виконанні, нараховуючи все зростаючі пені до тих пір, поки розмір пені, які нараховано не стануть настільки значними, що загроза їх стягнення і бажання припинити їх зростання не змусять боржника виконати зобов'язання в натурі.

У Франції і в деяких інших країнах, що ґрунтуються в регулюванні цивільно-правових відносин на Цивільному кодексі Наполеона (країнах романської правової сім'ї), традиційно проводився чіткий поділ наслідків порушення зобов'язання що-небудь дати (*obligation de donner*) і зобов'язання що-небудь зробити або не робити (*obligation de faire*). У першому випадку встановлюється загальне правило про допустимість позову про виконання в натурі (*execution en nature*), якщо виконання досі можливо. До такого роду випадків відносяться, в першу чергу, позови про передачу індивідуально-

визначених речей. У другому випадку відповідно до ст. 1142 Французького цивільного кодексу (далі – ФЦК) невиконане зобов’язання спричиняє виникнення лише права на відшкодування збитків. Це правило при його введенні на початку XIX століття обґрунтовувалося існуванням принципу «*Nemo potest cogi ad factum*» (нікого не можливо примушувати до дії). Положення ст. 1142 ФЦК, незважаючи на те, що сам ФЦК передбачив ряд винятків із цього правила (так, ст. 1143 ФЦК допускає позов про спонукання боржника знищити те, що було зроблено в порушення обов’язку), і, не дивлячись на те, що кредитор, як і по НЦУ, може з дозволу суду доручити виконання третій особі за рахунок боржника, часто критикувалося в доктрині за зайву широту формулювань.

Аналогічна ситуація і в процесуальному праві Франції: Цивільно процесуальний кодекс передбачає процесуальний механізм виконання тільки рішень про стягнення грошей і передачі індивідуально-визначених або індивідуалізованих речей. В інших випадках кредитору доводиться задовольнятися правом, отримавши дозвіл у суду, отримати виконання на стороні за рахунок боржника. Крім того, в зв’язку з очевидними недоробками ФЦК в сфері конструювання норм і процедур з питання виконання в натурі вже на початку XIX століття судова практика розробила доктрину *astreine* – судового штрафу у вигляді триваючої санкції за прострочення виконання зобов’язання. Цей інститут, що забезпечує виконання зобов’язань, особливо ефективний тоді, коли процесуальні механізми примусового виконання не розроблені або зовсім не передбачені, а також у випадках зобов’язань *de faire*, за якими, як відомо, спочатку було неможливо вимагати виконання в натурі.

До якого із зазначених рішень тяжіє в цілому право цивілізованих країн з ринковою економікою, можна визначити на прикладах спроб уніфікації міжнародного приватного права. Так, Стаття 28 Конвенції Організації Об’єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 передбачає: «Якщо відповідно до положень цієї Конвенції одна із сторін має право вимагати виконання якогось зобов’язання іншої сторони, суд

не буде зобов'язаний виносити рішення про виконання, в натурі, крім випадків, коли він зробив би це на підставі свого власного закону щодо аналогічних договорів купівлі-продажу, не регульованих цією Конвенцією» [251]. Ч. 1. ст. 7 Гаазької конвенції про Єдиний закон про міжнародну купівлю-продаж товарів від 01.07.1964 передбачає, що якщо, відповідно до положень Єдиного закону, одна з сторін договору купівлі-продажу має право вимагати від іншої сторони виконання будь-якого зобов'язання, то ніякий суд не буде зобов'язаний винести рішення про виконання в натурі або привести в виконання примусовим порядком судове рішення про виконання в натурі, за винятком випадків, коли він зробить це на підставі свого права щодо подібних договорів купівлі-продажу, які не регулюються зазначеним Єдиним законом [252].

Однак, ст. 7.2.2. Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (UNIDROIT) передбачили можливість вимагати виконання в натурі негрошових зобов'язань, крім випадків, коли:

- a) виконання неможливо юридично або фактично;
- b) виконання або, у відповідних випадках, примусове виконання є нерозумно обтяжливим або дорогим;
- c) сторона, що має право на виконання, може розумно отримати виконання з іншого джерела;
- d) виконання носить виключно особистий характер; або
- e) сторона, що має право на виконання, не вимагає його в розумний строк після того, як вона дізналася або повинна була дізнатися про невиконання [253].

Приблизно так само питання вирішене і в ст. 9:102 Принципів європейського договірної (контрактного) права. Статтею 8:101 Принципів закріплено право потерпілої сторони у разі невиконання зобов'язань іншою стороною застосовувати на власний розсуд будь-який засіб захисту порушених прав, передбачений у Главі 9 Принципів. Потерпіла сторона може застосовувати засоби захисту порушених прав навіть у разі, якщо сторона, яка не виконала зобов'язання, звільняється від відповідальності, у зв'язку з обставинами, що перешкоджають виконанню (форс-мажор), але вона не може

застосовувати такі засоби захисту, як вимога виконати зобов'язання в натурі та відшкодування збитків [254, с. 153].

Таким чином, Принципи УНІДРУА та Принципи європейського договірнього (контрактного) права виступають на користь визнання можливості вимагати виконання в натурі за рядом чітко встановлених законодавчих винятків, які відсікали б позови про виконання в натурі вже на стадії судового розгляду. Таким чином, очевидно, що Принципи використовують оцінку розумності, адекватності і реальної можливості примусу вже на стадії ухвалення рішення, що тягне за собою відмову в такому позові в разі визнання неможливості, нерозумності або зайвої обтяжливості примусу в даному випадку.

Не можна не відзначити, що найголовнішим мотивом відмови кредитору в позові про примус боржника до виконання в натурі є визнання недоцільним такого тиску на боржника в умовах, коли кредитор без значних проблем може отримати виконання з іншого джерела. У даних умовах, в якій формі це примус буде здійснюватися – в прямий (у вигляді силових дій приставів) або в непрямій (шляхом нарахування судових штрафів), не має істотного значення. І в тому і в іншому випадку в наявності нерозумність і недоцільність примусу. Досить уявити собі ситуацію, коли боржник не має ліцензії на проведення робіт або надання послуг, передбачених договором.

У Франції Кредитор може добитися ухвалення судом рішення про примушення шляхом нарахування *astreine* і потім безконтрольно збагачуватися за рахунок одержуваних з боржника судових санкцій. При цьому не враховується, що, хоча зобов'язання і не припиняється у зв'язку з настанням фактичної або юридичної неможливості виконання, боржник просто не в змозі виконувати його умови. Не вирішує механізм *astreine* і проблем, властивих примусу до виконання зобов'язань з надання послуг і виконання робіт та пов'язаних з нерозумністю втягування боржника проти його волі в складний процес виконання такого роду зобов'язань. У той же час, механізм нарахування судових санкцій у вигляді прогресивних штрафів, по суті, незамінний в якості

засобу примусу в тих випадках, коли саме примус признається судом адекватним, доцільним і розумним, а зобов'язання не може бути виконано шляхом застосування інших механізмів, закладених в законодавстві про виконавче провадження (вилучення речей, заміна способу виконання з вилучення речей на стягнення їх ринкової вартості і інші).

Дане рішення, виявляється, найбільш правильним, тому що являє собою збалансований компроміс між повним відкиданням будь-яких триваючих штрафів, націлених на спонукання до виконання, і неподільним пануванням доктрини *astreine*, які мають місце в ряді країн світу. В Україні, відповідно до Закону України «Про виконавче провадження», у разі невиконання без поважних причин у встановлений виконавцем строк рішення, що зобов'язує боржника виконати певні дії, виконавець виносить постанову про накладення штрафу на боржника, що спонукає до виконання судового рішення та служить своєрідним прототипом механізму *astreine*. Таким чином, сумнівним є висновок про те, що механізм *astreine* або судових штрафів може стати тим загальним механізмом, за допомогою якого можна домагатися виконання будь-якого зобов'язання.

У договорі можуть бути передбачені випадки, коли суб'єкт господарювання (боржник) звільняється від виконання господарського зобов'язання. Наприклад, якщо в договорі передбачено, що обов'язок у замовника припиняється по оплаті робіт (послуг) у разі не виділення бюджетного фінансування, то несплата робіт (послуг) в такому випадку не буде вважатися порушенням зобов'язання. Зазвичай в таких договорах наявна умова, відповідно до якої Виконавець приступає до виконання робіт після отримання письмового повідомлення від Замовника про його готовність до виконання умов договору по оплаті.

Кредитор не може вимагати виконання зобов'язання в натурі, якщо він раніше відмовився від прийняття виконання боржником зобов'язання.

До відносин, де припускається присудження до виконання обов'язку в натурі, перш за все, можуть бути віднесені господарські правовідносини, в яких

боржником виступають підприємства – монополісти на ринку, які повинні виконати певні роботи або надати послуги. Адже саме в таких випадках виключається доручення виконати ці роботи третім особам через (наприклад, транспортом підключення до електричної мережі, водопостачання тощо).

Отже, ще римське право в ході свого розвитку прийшло до надання кредитору широких можливостей в плані спонукання боржника до виконання своїх зобов'язань за договором, подолавши тим самим спочатку негативний підхід [255, с. 770].

Досвід Німеччини, Франції, США у визначенні підстав, умов і обмежень застосування такого способу захисту прав суб'єктів господарювання як виконання господарського зобов'язання в натурі є корисним для запозичення, оскільки створює умови для підвищення ефективності вирішення спорів та зменшення кількості позовів. Доцільно також при присудженні до виконання обов'язку в натурі використовувати принципи УНІДРУА та Принципи європейського договірної права.

Кожен суб'єкт господарювання при виборі способу захисту своїх прав та інтересів, з урахуванням вимог чинного законодавства визначає, що для нього є важливішим, доцільним і ефективним – виконання зобов'язання в натурі або отримання грошової компенсації. Суди ж при використанні такого способу захисту як присудження до виконання зобов'язання в натурі, перш за все, повинні виходити з можливості виконання даного рішення в подальшому, тобто повинні враховувати наявність механізму виконання (реалізації) такого рішення. Інакше це рішення не матиме сенсу, воно не призведе до захисту прав суб'єкта господарювання, а також його інтересів [256, С. 53]. Отже, питання про застосування присудження до виконання господарського зобов'язання в натурі має вирішуватися з врахуванням принципу диспозитивності сторін, враховуючи об'єктивну можливість виконання такого зобов'язання / рішення суду та відповідність наявним фактичним обставинам справи (ситуації). Тобто, необхідно визначитися чи доцільно змушувати до виконання зобов'язання або,

можливо, доцільніше відновити становище, яке існувало до порушення прав суб'єкта господарювання і вимагати відшкодування збитків.

Підсумовуючи матеріал, викладений в розділі 3 можна зазначити наступне.

Законодавство України надає органам державної влади та місцевого самоврядування широке коло організаційно-господарських повноважень, які вони здійснюють щодо суб'єктів господарювання, в т.ч. під час проведення контрольних заходів. Дії або бездіяльність уповноважених органів, вчинені неправомірно, вимагають відповідної кваліфікації, а суб'єкти господарювання мають право оскаржити їх в судовому порядку.

Поряд з тим, в силу особливостей діяльності органів публічної адміністрації, разом з визначенням належного способу захисту порушених прав суб'єкта господарювання, складнощі утворює і порядок реалізації рішення суду, ухваленого на користь суб'єкта господарювання. У зв'язку з цим при примусі публічних органів влади до вчинення певних дій або бездіяльності важливого значення набуває запровадження реальних механізмів, здатних забезпечити виконання судових рішень щодо вчинення певних дій державним органом, серед яких судовий контроль, штрафи та ін.

Умови щодо спонукання до укладення господарських договорів в судовому порядку законодавчо закріплені в господарському законодавстві України, тим самим обмежуючи випадки вільного обрання суб'єктом господарювання такого способу захисту. При ухваленні рішень в таких категоріях справ обґрунтованою є необхідність викладення змісту договору в судовому рішенні, оскільки це є умовою повноти, законності, обґрунтованості та зрозумілості для сторін своїх прав та обов'язків. Не визначення судом умов договору, на яких його укладено, зумовлює неможливість набуття ним чинності разом з рішенням суду та нездатність цього способу захисту досягти мети, задля якої він передбачений законом, – визнання прав та законних інтересів позивача.

Зацікавленість сторін договору в його виконанні на первісних умовах часом втрачається, відтак питання про застосування присудження до виконання господарського зобов'язання в натурі має вирішуватися з врахуванням принципу диспозитивності сторін, об'єктивної можливості виконання такого зобов'язання / рішення суду та відповідності наявним фактичним обставинам справи (ситуації). Тобто, необхідно визначитися чи доцільно змушувати до виконання зобов'язання або, можливо, доцільніше відновити становище, яке існувало до порушення прав суб'єкта господарювання і вимагати відшкодування збитків.

ВИСНОВКИ

1. Способом захисту прав суб'єктів господарювання є сукупність передбачених законом, договором або таких, що не суперечать принципу верховенства права діянь уповноважених державних органів або суб'єктів господарювання, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень прав, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав, відшкодування збитків та здійснено вплив на правопорушника.

2. Запропонована законодавцем свобода при визначенні способу захисту позивачем та судом не є необмеженою, оскільки може бути реалізована виключно у встановлених процесуальних рамках, у тісному зв'язку із іншими засадами здійснення судочинства, за наявності сукупності підстав тощо. Обрання належного способу захисту із застосуванням запропонованих (та уточнених судовою практикою) критеріїв-умов забезпечить дотримання прав та інтересів сторін конфлікту та встановить межі довільного визначення способів захисту, невідомих законодавству.

3. Систему критеріїв-умов обрання належного та ефективного способу захисту прав суб'єктів господарювання становлять: 1) відповідність способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням; 2) відповідність законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; 3) доцільність та ефективність; 4) адекватність (співрозмірність, еквівалентність) стосовно правопорушення; 5) наявність механізму реалізації (виконання); 6) недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів.

4. Ефективним слід визнавати такий спосіб захисту, що відповідає обставинам справи та характеру порушення; забезпечує реальний захист (відновлення попереднього становища, визнання права, компенсацію збитків, повернення майна тощо) прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; відновлює баланс інтересів у взаємовідносинах сторін; встановлює баланс приватно-публічних інтересів.

5. Особливістю способів захисту є їх процедурно-процесуальний характер застосування. У рамках юрисдикційних форм захисту порядок звернення до уповноважених судових чи адміністративних органів для вжиття матеріальних способів захисту, правила розгляду таких вимог та ухвалення рішення (в частині строків, форми та ін.) у нормативних актах чітко передбачений. У неюрисдикційних формах (при самозахисті) процедурний характер властивий саме способам захисту, на відміну від інших правомірних дій, що мають охоронно-захисне значення.

6. Принципи права мають бути зазначені в процесуальному законі як юридичні обмеження застосування непередбачених законом та договором способів захисту, поряд із несуперечністю закону та ефективністю.

7. Визнання відсутності права не може виступати самостійним та виокремленим способом захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав, а є допустимим у контексті формулювання мотивувальної частини судового рішення та функції правосуддя.

8. Потребує запровадження у наказному провадженні процедура розгляду господарськими судами заяв про добровільну сплату штрафних санкцій та збитків у сфері господарювання.

9. Для задоволення потреб суб'єктів господарювання і забезпечення належного захисту їх прав та законних інтересів необхідно внести зміни до ст. 20 Господарського процесуального кодексу України, доповнивши пунктом 17 частину 1: «встановлення фактів, що мають юридичне значення», і таким чином дозволити господарським судам розглядати справи в порядку окремого провадження про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення.

10. У зв'язку з необхідністю створення умов для належного захисту прав та законних інтересів всіх суб'єктів господарювання доречно внести зміни до ст. 216 Господарського кодексу України, доповнивши частину 3 абзацом 4 такого змісту: «Умови господарського договору щодо встановлення розміру штрафних санкцій не можуть ставити сторін договору у значно нерівне

становище, порушуючи баланс їх майнових інтересів» та ст. 231 Господарського кодексу України доповнити частиною 8: «8. У разі, якщо інше не передбачено законом або договором, за порушення виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі подвійної облікової ставки НБУ за кожен день прострочення».

11. Суд, розглядаючи винесене органом публічної влади рішення, повинен оцінювати його з позицій наявності або відсутності компетенції у відповідній сфері та конкретних повноважень щодо визначення його змісту: в контексті можливості або неможливості прийняття певного рішення та допустимих меж вільного вибору варіанту рішення.

12. Не можуть вважатися допустимими та такими, що забезпечують захист, судові акти, якими скасовуються попередні рішення уповноважених органів, винесені за заявами позивачів, та одночасно зобов'язуються уповноважені органи повторно розглянути звернення особи. Подібна практика наражає заявника на ризик отримання відмови з тотожних чи відмінних підстав, ніж це було у перший раз, з одночасним ігноруванням обґрунтованих вимог. Для того, що захист права чи інтересу був ефективним і призводив до конкретного результату, суд повинен або безпосередньо прийняти рішення, яке відновлює, захищає право, або зобов'язати орган влади здійснити дії, визначені судом.

13. Критерій доцільності при обранні способу захисту включає можливість суб'єкта господарювання застосовувати два або більше способи захисту або існування декількох альтернативних способів, кожен з яких є достатнім і задовольняє зацікавлену особу. Обрання декількох альтернативних та направлених на захист одного і того ж права або інтересу способів захисту може виражатися у можливості пред'явлення декількох позовів, що мають різну юридичну природу (при цьому вибір конкретного способу захисту здійснюється суб'єктом господарювання виходячи з його внутрішньої волі) або у пред'явленні позову з альтернативними вимогами, що розглядаються у межах одного виду судочинства.

14. З огляду на відсутність єдиного підходу до змістовного наповнення поділу усіх форм на юрисдикційні та неюрисдикційні, більш обґрунтованим та юридично вивіреним видається поділ способів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання за суб'єктом реалізації на: судові способи захисту; змішані способи захисту (в т.ч. адміністративні); несудові способи захисту. Запропонована класифікація способів захисту прав суб'єктів господарювання є найбільш зручною для застосування, систематизації та вивчення сукупності всіх існуючих способів захисту.

15. Застосування судових способів захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав та інтересів суб'єктів господарювання пов'язується із наявністю у господарського суду повноважень щодо офіційного підтвердження наявності або відсутності прав та/або обов'язків у уповноважених органів та осіб, наявності, відсутності або недійсності зобов'язань або примусу щодо вчинення певних дій чи утримання від них тощо. Законодавче визначення компетенційних прав та обов'язків виключно для уповноважених органів та осіб зумовлює заборону для суду приймати аналогічні рішення, по суті, переймаючи невласливу для себе компетенцію.

16. Способи захисту, що можуть бути первісно застосовані в порядку, визначеному законом, безпосередньо учасниками господарських правовідносин або у разі відмови іншої сторони від їх добровільного застосування – через звернення до господарського суду, відносяться до несудових способів захисту. До такої групи способів захисту входять більша частина господарських санкцій та окремі способи, передбачені законом чи договором.

17. Визначальною характеристикою несудових способів захисту є самостійне, на власний розсуд суб'єкта господарювання визначення того способу захисту, до вжиття якого він буде вдаватися, захищаючи своє право чи законний інтерес. Основна вимога для несудового захисту прав – дотримання вимог закону чи договору, якими передбачене застосування конкретного способу. Невдале застосування цього порядку дозволяє включити процесуальний механізм застосування обраного способу захисту судом.

18. На противагу несудовим, для змішаних (в т.ч. адміністративних) способів захисту взагалі не передбачено їх самостійного застосування суб'єктами господарювання: якщо у законодавстві відсутня спеціальна процедура вжиття певного способу захисту, його застосування видається неможливим через обмеження повноважень державних органів або органів місцевого самоврядування.

19. Особливості змішаних способів захисту обумовлені правотворчими та правореалізаційними чинниками зовнішнього вираження владно-імперативної діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, що знаходить свій прояв у виданні індивідуальних актів управління. Зазначені акти, видані на підставі законодавства та в межах компетенції уповноважених органів, складають зміст управлінської діяльності та спрямовані на досягнення мети захисту суб'єктів господарювання. Вони охоплюють застосування численних способів захисту – оскарження окремих актів, заборону вчинення певних дій чи їх зупинення, здійснення контрольних заходів, способів захисту права власності та інших речових прав тощо.

20. Судовими способами захисту охоплюється примус до зобов'язання вчинити певні дії або утриматися від них органами державної влади та місцевого самоврядування у випадках, коли такий примус не визнається втручанням у дискреційні повноваження відповідних осіб.

21. Спрямована до господарського суду вимога із сформульованим у ній способом захисту, застосування якого передбачає вихід судом за рамки власної компетенції, не підлягає задоволенню, а сам спосіб захисту слід визнавати неналежним.

22. При встановленні невідповідності характеру порушення обраному позивачем способу захисту права найбільш обґрунтованою є позиція, за якою суд відмовляє у задоволенні позову. Така відмова не заперечує наявності конфлікту, допускає порушення прав та законних інтересів позивача, та одночасно підкреслює неможливість отримання ефективного захисту через обраний спосіб. Якщо залишення позову без розгляду ГПК України

пов'язується з суто формальними (не змістовними, якими є невірні способи захисту) недоліками, то припинення/закриття провадження у справі констатує або вичерпання конфлікту, або його врегулювання чи небажання врегулювання, або неможливість розв'язання у рамках господарської юрисдикції. В останньому випадку суд має встановити характер спірних правовідносин, наявність правопорушення, підвідомчість спору та роз'яснити сторонам процесуальні наслідки прийнятого рішення. Проте неможливість отримання позитивного рішення позивачем у даному випадку так само не пов'язується із способами захисту.

23. Наявна практика застосування судами ч. 2 ст. 5 ГПК України є доволі суперечливою – суди у рамках підготовчого провадження ігнорують заперечення відповідачів щодо обрання позивачем неналежних способів захисту або, власне, констатують неналежність способу захисту та відмовляють у задоволенні позову, дотримуючись вже усталеної судової практики, що є необґрунтованим. Адже ймовірне перенесення вирішення питання щодо обрання більш ефективного способу захисту на етап розгляду справи по суті не відповідає положенням ГПК України, які вимагають подання відповідної заяви позивачем у певних часових рамках. Крім того, до переходу до розгляду справи по суті більш доречним видається інформування сторін та інших учасників справи щодо меж судового розгляду.

24. Враховуючи зміст та обсяг діяльності суду та учасників справи на стадії підготовчого провадження, видається обґрунтованим і можливим вже на цьому етапі визначити, чи є обраний позивачем спосіб захисту належним та ефективним, якщо ні – суду визначитись із новим способом захисту.

25. З метою виключення можливості різного застосування Закону України «Про нотаріат» господарськими судами при вирішенні справ даної категорії, доцільно доповнити його ст. 50 частиною 3 наступного змісту: «Виконавчий напис нотаріуса може бути визнаний таким, що не підлягає виконанню повністю або частково».

26. За умови гнучкого підходу суду до тлумачення норм законодавства про встановлення ефективних способів захисту зобов'язання укласти договір поруки на виконання умов мирової угоди слід визнавати правомірним способом захисту, який випливає з правовідносин, що склались між сторонами на момент виникнення спору та був добровільно погоджений сторонами в мировій угоді.

27. Суд, розглядаючи винесене органом публічної влади рішення, оцінює його з позицій наявності або відсутності компетенції у відповідній сфері та конкретних повноважень щодо визначення його змісту: в контексті можливості або неможливості прийняття певного рішення та допустимих меж вільного вибору варіанту рішення.

28. Не можуть вважатися допустимими та такими, що забезпечують захист, судові акти, якими скасовуються попередні рішення уповноважених органів, винесені за заявами позивачів, та одночасно зобов'язуються уповноважені органи повторно розглянути звернення особи. Подібна практика наражає заявника на ризик отримання відмови з тотожних чи відмінних підстав, ніж це було у перший раз, з одночасним ігноруванням обґрунтованих вимог. Для того, що захист права чи інтересу був ефективним і призводив до конкретного результату, суд повинен або безпосередньо прийняти рішення, яке відновлює, захищає право, або зобов'язати орган влади здійснити дії, визначені судом.

29. Ухвалення судом рішення щодо зобов'язання публічного органу вчинити певні дії або утриматись від них без юридичної оцінки правомірності акту, яким було заявникові відмовлено у його проханні видається неможливим. Інакше, у разі задоволення позовних вимог отримуємо два чинних акта уповноваженого органу із протилежними висновками стосовно одного питання. Зважаючи на відсутність у публічних органів права самостійно скасовувати власні рішення у зв'язку із їх неправомірністю, спосіб захисту щодо примусу публічних органів вчинити певні дії або утриматись від них не може бути заявлений без вимоги про визнання неправомірними та скасування попередніх рішень публічних органів з цього питання.

Такий висновок впливає з неможливості підміни компетенцій публічних органів та суду, коли вирішення питання по суті віднесено до повноважень публічного органу і зацікавлена особа не може оминати/змінити адміністративного порядку його ухвалення. Подібне не є властивим для застосування цього способу захисту суб'єктами господарювання у майново-господарських та внутрішньогосподарських відносинах, коли примус до вчинення певної дії або бездіяльності виступає єдиною і достатньою вимогою для забезпечення відновлення порушених прав позивача.

30. Формулювання в імперативній формі для суду обов'язку (а не права) встановлювати конкретний строк виконання рішення публічному органу і вимагати звіту про його виконання є більш доцільним (дієвим). Відтак, слід викласти ч. 6 ст. 245 КАС України в наступній редакції:

«1. Суд, який ухвалив судове рішення в адміністративній справі, зобов'язує суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення.

2. За наслідками розгляду звіту суб'єкта владних повноважень про виконання постанови суду або в разі неподання такого звіту суддя своєю ухвалою може встановити новий строк подання звіту, накласти на керівника суб'єкта владних повноважень, відповідального за виконання постанови, штраф у розмірі від десяти до тридцяти мінімальних заробітних плат».

31. Принципи УНІДРУА та Принципи європейського договірної (контрактного) права виступають на користь визнання можливості вимагати виконання в натурі за рядом чітко встановлених законодавчих винятків, які відсікали б позови про виконання в натурі вже на стадії судового розгляду. Таким чином, Принципи використовують оцінку розумності, адекватності і реальної можливості примусу вже на стадії ухвалення рішення, що тягне за собою відмову в такому позові в разі визнання неможливості, нерозумності або зайвої обтяжливості примусу в даному випадку.

32. Питання про застосування присудження до виконання господарського зобов'язання в натурі має вирішуватися з врахуванням принципу диспозитивності сторін, враховуючи об'єктивну можливість виконання такого зобов'язання / рішення суду та відповідність наявним фактичним обставинам справи (ситуації). Тобто, необхідно визначитися чи доцільно змушувати до виконання зобов'язання або, можливо, доцільніше відновити становище, яке існувало до порушення прав суб'єкта господарювання і вимагати відшкодування збитків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія. Київ: Алерта, 2017. 494 с.
2. Особливості захисту суб'єктивних цивільних прав: монографія / За заг. ред. О.Д. Крупчана, В.В. Луця. Київ: НДІ приватного права і підприємництва України, 2012. 400 с.
3. Бринцев О. В. Правова сутність економічних спорів та способи їх вирішення. Монографія. Харків: Право, 2005. 304 с.
4. Андрійцьо В.Д. Примусове виконання обов'язку в натурі як спосіб захисту цивільних прав: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. 178 с. URL: <http://mydisser.com/ru/catalog/view/6/44/3852.html>
5. Хрімлі О.Г. Захист прав інвесторів у сфері господарювання : теоретико-правовий аспект. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 320 с.
6. Швець В.О. Судовий захист суб'єктів господарювання від рейдерських захоплень в Україні: стан та шляхи вдосконалення. Київ, 2015. 464 с.
7. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
8. Самійленко Л. С., Кравченко В. Ю. Зміст захисту прав підприємців. Актуальні проблеми запобігання та протидії корупції і охорони права власності. URL: http://www.big-lib.com/book/64_Aktyalni_problemi_zapobigannya_ta_protidii_korupcii_i_ohoroni_prava_vlasnosti/6946_Samiilenko_L_SKravchenko_V_U_ZMIST_ZAHISTY_PRAV_PIDPRIEMCIV_
9. Беляневич О. Про форми захисту прав суб'єктів господарювання. *Підприємництво, господарство і право*. Київ, 2007. № 8. С. 62 – 69.
10. Витрук Н.В. Система прав личности. Права личности в социалистическом обществе. Москва, 1981. 229 с.

11. Малько А.В. Проблемы законных интересов. Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. Москва, 2002. 656 с.
12. Ерошенко А.А. Судебная защита охраняемого законом интереса. *Советская юстиция*. 1977. № 13. С. 19-20.
13. Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловськ, 1990. 200 с.
14. Загнітко О.П. Захист прав та інтересів господарюючих суб'єктів у системі права України. *Вісник господарського судочинства*. 2001. № 4. С. 159-175.
15. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) у Справі № 1-10/2004. *Урядовий кур'єр* від 15.12.2004. № 239.
16. Лаврін О. Захист прав суб'єктів господарювання, його форми та способи. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 11. С. 56 - 59.
17. Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців: монографія / За заг. ред. В.В. Луця. Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. 257 с.
18. Арефьев Г.П. Определение понятия защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов. Цивилистические проблемы правового статуса личности в социалистическом обществе: тематический сборник. Саратов, 1982: Изд-во Саратовского ун-та. 160 с.
19. Чернадук Т. Щодо захисту цивільних прав: деякі аспекти. *Підприємництво, господарство та право*. 2001. №12. С. 27.
20. Бондар Т. Зміна і припинення договірної правовідносини як способи захисту цивільних прав. *Українське комерційне право*. 2007. № 8. С. 21-27.
21. Гражданское право. Т. 1: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва, 2000. 632 с.

22. Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. Москва, 2000 – 816 с.
23. Свердлык Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: Учеб. пособие. Москва: «ЛексКнига», 2002. 208 с.
24. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол.авт.: Г.Л. Знаменський, В.В. Хахулін, В.С. Щербина та ін.; за аг. Ред. В.К. Мамутова. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 688 с.
25. Хозяйственное право Украины: Учебник / под ред. А.С. Васильева, О.П. Подцерковного. 3-е изд., перераб. и доп. Хорьков: ООО «Одиссей», 2008. 488 с.
26. Штефан О. Охорона і захист авторських прав: теоретичний аспект. *Теорія і практика інтелектуальної власності: науково-практичний журнал*. – 2010. № 4. С. 3 – 17.
27. П'янова Я.В. Судовий захист майнових цивільних прав: дис... канд.юрид.наук: 12.00.03. Харків. 2009. 224 с.
28. Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона. Москва: Юридическая литература, 1983. 160 с.
29. Желіховська Ю.В. Співвідношення та розмежування понять «охорона» та «захист». *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2015. № 13. Том 2. С. 18-21.
30. Мейер Д.И. Русское гражданское право. 2-е изд. испр. Москва: Статут, 2000. 830 с.
31. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 30 мая 1991 г. URL: <http://www.tarasei.narod.ru/kodeks/zx3.txt>.
32. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: Підручник. К.: Атіка, 2005. 560 с.
33. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. Москва: Статут, 1997. 681 с.
34. Гражданское право: учебник, ч.1/ под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва: Проспект. 1999. 624 с.

35. Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов / под ред. Шведовой Н.Ю. Москва: Русский язык. 1987. 872 с.

36. Петруня В.В. Поняття способів захисту прав суб'єктів господарювання. Гармонізація правових засад підприємництва: зб. матеріалів III Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції, 14-22 березня 2012 р., Луганськ: Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля, 2012. – С. 118-120.

37. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. (зі змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. Ст. 64.

38. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. (зі змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40 - 44. Ст. 356.

39. Постанова Верховного Суду України від 20.03.2012. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/5508c9f0351edf5ac22579d0003a9aff?OpenDocument>

40. Про практику розгляду судами корпоративних спорів: Постанови Пленуму ВСУ від 24.10.2008 №13. *Вісник Верховного суду України*. 2008. № 11.

41. Про деякі питання практики застосування норм законодавства, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у I півріччі 2005 року: Інформаційний лист ВГСУ від 25. 11. 2005 № 01-8/2229. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v2229600-05>

42. Постанова ВСУ від 13.07.2004 № 10/732. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v10_7700-04

43. Постанова ВСУ від 14.12.2004 № 6/11. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v2229600-05>

44. Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у 2004 році: Інформаційний лист ВГСУ від 11.04.2005 № 01-8/344. URL: <http://www.arbitr.gov.ua/news/group/6/>

45. Петруня В.В. Критерії способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Юридичний вісник*. 2014. № 4. С. 307-311.

46. Постанова ВГСУ від 10.03.2006 № 4/423пд у справі № 4/423пд.
URL: http://arbitr.gov.ua/docs/28_1198894.html

47. Подцерковний О.П. В земельних відносинах суб'єкти господарювання потребують реального захисту, а не казуїстичного відмахування судів. URL: http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=276&ID=300

48. Подцерковний О.П. Способи захисту прав у земельних відносинах. *Вісник господарського судочинства*. 2009. № 5. С. 30–34.

49. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

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

51. Ромащенко І. Засоби та способи захисту цивільних прав: співвідношення понять. *Підприємництво, господарство і право*. 2010. № 6. С. 20–23.

52. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Москва: Статут, 2005. 842 с.

53. Липницкий Д. Право и предотвращение хозяйственных правонарушений. *Хозяйство и право*. 1979. №10. С. 15–20.

54. Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968 г. 72 с.

55. Савватеев В.Ю. Гражданско-правовая защита прав участников предпринимательских отношений: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. 170 с.

56. Павлов А.А. Присуждение к исполнению обязанности в натуре как способ защиты гражданских прав в обязательственных правоотношениях: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. 219 с.

57. Бігняк О. Захист корпоративних прав: співвідношення категорій «форми захисту», «способи захисту» та «засоби захисту» (сучасні погляди та концепції). *Юридичний вісник*. 2013. № 2. С. 43-48.
58. Антонюк О.І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 212 с.
59. Морозов Є. Радикальний спосіб правового захисту. URL: <http://blog.liga.net/user/emorozov/article/23269>
60. Притика Ю.Д. Поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів. *Вісник: юридичні науки: Київський національний університет ім. Т. Шевченка*. 2004. № 60-62. С. 16-19.
61. Иванов О.В. Право на судебную защиту. *Сов. государство и право*. 1970. № 7. С. 40-48.
62. Коссак В.М. Здійснення та захист цивільних прав. Цивільне право України. Підручник: Кн. 1 / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. Київ: Юрінком Інтер, 2002. 720 с.
63. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. Москва, 2000. 242 с.
64. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Москва, 1912. 805 с.
65. Юрченко О.О. Право на защиту и способы защиты охраняемого законом интереса в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. Тверь, 2004. 156 с.
66. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. Москва, 1984. 816 с.
67. Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / под ред. М.Н. Марченко. Москва: Юрист, 2001. 656 с.
68. Мельник В.А. Политология. Минск, 1996. 478 с.
69. Кармаза О.О. Засоби та способи захисту прав суб'єктів житлових відносин. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 154-157.

70. Кіщак Ю. Форми захисту прав і свобод особистості в процесі земельної реформи. *Підприємництво, господарство і право*. 2001. № 9. С. 59-61.
71. Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 № 1701-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 35. Ст. 412.
72. Побирченко И.Г. Хозяйственные споры и формы их разрешения: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.04. Киев, 1971. 546 с.
73. Бутнев В.В. К понятию механизма защиты субъективных прав. Субъективное право: проблемы осуществления и защиты: статьи. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та. 1989. С. 9-11.
74. Кравцов Н.Ю. Способы и формы защиты гражданских прав. *Вопросы гуманитарных наук*. 2007. № 3. С. 187 – 189.
75. Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде: дис. на соиск. уч. ст. доктора юрид. наук. СПб., 1998. 55 с.
76. Треушников М.К. Судебная защита гражданских прав: Учебник гражданского процесса. Москва, 1996. 234 с.
77. Брагинский М.И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность. *Вестник ВАС РФ*. 1995. № 7. С. 101.
78. Котик О. Форми і способи захисту прав іноземних інвесторів. *Юридична Україна: щомісячний правовий часопис*. 2008. № 3. С. 70-75.
79. Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. Москва: Волтерс Клувер. 2006. 416 с.
80. Швець В.О. Судовий захист суб'єктів господарювання від рейдерських захоплень в Україні: стан та шляхи вдосконалення: Монографія. Київ, 2015. 464 с.
81. Беляневич О. Про форми захисту прав суб'єктів. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 8. С. 62 – 69.

82. Штанько А. Підходи до визначення поняття захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. с. 142-149.
83. Солод І.В. Самозахист суб'єктом господарювання своїх прав та інтересів. *Актуальні проблеми держави і права*. 2015. Вип. 75. С. 378–384.
84. Хрімлі О. Самозахист як форма захисту прав інвесторів у сфері господарювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 8. С. 63-67.
85. Правовая система Англии: Учеб. пособие / А.К. Романов. Москва. 2000. – 344 с. URL: <http://readbookz.com/book/176/5955.html>
86. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: Учеб.-практ. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Дело, 2002. 464 с.
87. Мирзоян С. Гражданско-правовые способы защиты авторских прав в США. *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2003. № 11. С. 48 – 58.
88. Попова С.В. Защита прав предпринимателей по российскому и германскому праву: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ставрополь. 2006.
89. Медведев С. Некоторые аспекты проблемы способов защиты права. *Хозяйство и право: Ежемесячный юридический журнал*. 2004. № 6. С. 61-67.
90. Гражданский кодекс Российской Федерации от 03.11.1994. URL: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/>
91. Кравцов Н.Ю. Способы и формы защиты гражданских прав. *Вопросы гуманитарных наук*. 2007. № 3. С. 187-189.
92. Гражданский кодекс республики Молдова № 1107-XV от 06.06.2002. URL: Monitorul Oficial al R.Moldova № 82-86/661 от 22.06.2002).
93. «Класифікація» (значення). Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: <http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%BB%D0%B0%D1%81%D0%B8%D1%84%D1%96%D0%BA%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F>.

94. Аушева О.В. Захист прав суб'єктів господарювання від порушень органами державної влади: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Донецьк. 2007. 171 с.
95. Чечот Д.М. Основная форма защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов. *Советское государство и право*. 1967. № 8. С. 44-47.
96. Тertyшников В.И., Тertyшников Р.В. Защита гражданских прав в суде (57 вопросов и ответов в порядке рассмотрения гражданских дел). Харьков: Консум, 1998. 78 с.
97. Курбатов А. Защита прав предпринимателей в отношениях с государством. *Хозяйство и право*. 2005. № 9. С.98-104.
98. Хозяйственное право Украины: Учебник / под ред. А.С. Васильева, О.П. Подцерковного. 3-е изд., перераб. и доп. Харьков: ООО «Одиссей», 2008. 488 с.
99. Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дис. ...канд.юрид.наук: 12.00.03. Свердловск, 1973. 22 с.
100. Господарський кодекс України: Науково-практичний коментар / О.І. Харитонова, О.Є. Харитонов, В.М. Коссак та ін.; За ред. О.І. Харитонової. Харків: Одиссей, 2007. 832 с.
101. Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций (ответственный редактор – О. Н. Садиков). Москва, МАУП, 2001. URL: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1815_page_28.html
102. Ківалов С. В. Процесуальні форми у діяльності адміністративних судів: правова природа і правове регулювання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 65. С. 7-20.
103. Господарське процесуальне право: Підручник / Подцерковний О.П., Квасніцька О.О., Степанова Т.В.; За ред. О.П. Подцерковного та М.Ю. Картузова. Х: Одиссей, 2012. 400 с.
104. Горшенёв В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. Москва: Юрид. лит., 1972. 256 с.

105. Бурдак В. Як захистити права акціонерів? *Правовий тиждень*. № 33 (211), 17 серпня 2010 р. С. 7-10.
106. Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. Москва: Юристъ, 2003. 1001 с.
107. Комерческое право: Учебник (Ч. 1) / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб.: Изд-во СПбГУ, 1998. 518 с.
108. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект: монографія. Харків: Вид-во Нац.ун-ту внутр. Справ, 2002. 368 с.
109. Витрянский В.В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: автореферат дис. ... доктора юридических наук: 12.00.03 / МГУ им. М. В. Ломоносова. Москва, 1996. 55 с.
110. Аналіз практики застосування судами ст.16 Цивільного кодексу України URL: https://zib.com.ua/ua/print/88249-analiz_praktiki_zastosuvannya_sudami_st16_civilnogo_kodeksu_.html.
111. Шейнин Х. Новые аспекты судебной защиты прав и свобод граждан. *Российская юстиция*. 1996. № 8. С. 48.
112. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.
113. Ільницький О. В. Застосування судами окремих способів захисту прав у земельних спорах за участю суб'єктів господарювання. *Юридична наука, практика і освіта*. Вип 1. 2010. С. 208–215.
114. Постанова КГС ВС від 18 вересня 2018 року (справа № 916/33/18) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76570253>
115. Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин: Постанова ВГСУ від 17.05.2011 № 6. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006600-11>

116. Постанова Київського адміністративного апеляційного суду від 25.01.2017, справа № 823/1809/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64260825>

117. Петруня В.В. Відповідність предмета спору встановленим законодавством способам захисту прав суб'єктів господарювання. *Вісник господарського судочинства*. 2013. № 5. С. 159-165.

118. Кожухарь А.Н. Право на судебную защиту в исковом производстве / Под ред. Е.Г. Мартынчика. Кишинев: Кишиневский государственный университет им. Ленина, 1989. 128 с.

119. Чоракаев К.Э. Отключение электричества. Как отстоять свои права. URL: <http://www.urprofy.ru/node/229>

120. Гурвич М.А. Окончание гражданского дела без вынесения судебного решения в суде первой инстанции. *Советское государство и право*. 1948. № 1. С. 43–57.

121. Гурвич М.А. Право на иск / Отв. ред. А. Ф. Клейнман. М. –Л.: Изд-во АН СССР, 1949. 216 с.

122. Веливис С.И. Некоторые вопросы оставления иска без рассмотрения. *Правоведение*. 1966. № 4. С. 70–71

123. Гурвич М. А. Оставление иска без рассмотрения. *Советская юстиция*. 1964. № 22. С. 52.

124. Пушкарь Е.Г. Исковое производство в советском гражданском процессе (Процессуальные последствия возбуждения дел) / Львов: «Вища школа», 1978. 199 с.

125. Ухвала Господарського суду м. Києва від 09.12.2009 по справі № 05–6–7/897. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8985580>

126. Ухвала Господарського суду Одеської області від 28.01.2011 у справі № 22/194-10-5324. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13615959>

127. Рішення Господарського суду Львівської області у справі № 5015/6313/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19895181>

128. Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 12.09.2018 у справі № 904/2997/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76413430>

129. Постанова ВГСУ від 06.10.2011 у справі № 5023/1385/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18544553>.

130. Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 17.04.2018 у справі № 904/599/18. URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/73440339/>

131. Рішення Господарського суду Дніпропетровської області Справа № 04/1762/18 від 25.07.2018. URL: <https://opendatabot.ua/court/75581489-ad2040687baafab0860025c164ba9a65>

132. Саніахметова Н.О. Судовий захист права на підприємницьку діяльність від незаконних актів державних органів. *Актуальні проблеми політики: Зб. наук праць*. 2002. Вип. 13–14. С. 132-136.

133. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15 березня 2018 року у справі № 800/414/17 (П/9901/77/18) URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/72909654>

134. Абова Т.Е. Охрана хозяйственных прав предприятий. Москва: Юрид. лит., 1975. 216 с.

135. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. Москва: Юрид. лит. 1976. 215 с.

136. Притика Д.М., Карбань В.Я., Ротань В.Т. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4-х т. Т.1. Київ-Севастополь: Інститут юридичних досліджень, 2000. 944 с.

137. Цивільне право України. Частина перша: Підручник для студентів юрид. спец. Вищ. закладів освіти / За ред. проф. Ч.Н.Азімова, С.Н. Приступи, В.М. Ігнатенка. Харків: Право, 2000. 368 с.

138. Бринцев О.В. Визнання права як спосіб захисту права. URL: <http://univer.km.ua/visnyk/62.pdf>

139. Про практику застосування Вищим господарським судом України у розгляді справ окремих норм процесуального права: Інформаційний лист ВГСУ від 21.11.2011 № 01-06/1623/2011. *Вісник господарського судочинства*. 2011. № 6. С. 34.

140. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 51. Ст. 553.

141. Притика Д.М., Тітов М.І., Щербина В.С. та ін. Арбітражний процес: Навч. посібник. Харків: Консум, 1999. Ч. II. 416 с.

142. Господарський кодекс України: Закон України від 07.03.2018 № 436-IV. *Відомості Верховної ради України*. 2003. № 18. Ст. 144

143. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 918/890/14 11 вересня 2018 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76507103>

144. Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними: Пленум ВГСУ України 29.05.2013 № 11. *Вісник господарського судочинства*. 2013. № 4. С. 22.

145. Тузов Д.О. Ничтожность и оспоримость сделок: Классическая доктрина и проблемы российской цивилистики. *Цивилистические записки*. 2002. Выпуск 2. С. 135–178.

146. Постанова Верховного Суду України: від 18.09.2007 по справі № 21-337во07 про визнання угоди недійсною та стягнення в доход держави коштів, одержаних за зобов'язанням. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

147. Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»: від 07.04.2008, № 01-8/211. *Вісник господарського судочинства*. 2008. № 3. С. 45 – 66.

148. Саленко В.Ю. Щодо визнання недійсним господарського договору, який суперечить інтересам держави і суспільства. URL: <http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi->

bin/irbis_nbu/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/FP_index.htm_2010_4_124.pdf

149. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закону України від 14.05.1992. *Відомості Верховної Ради України*. 1992 № 31. Ст. 440.

150. Постанова від 13.06.2017 № 920/68/13 Харківський апеляційний господарський суд. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/67127056>

151. Постанова Верховного Суду від 16 травня 2018 р. у справі № 910/24198/16. URL: <https://forum.antiraid.com.ua/topic/10373-postanovlenie-bp-vs-o-nevozmozhnosti-osparivaniya-prikaza-upolnomochennogo-lica-fgvfl-o-nichtozhnosti-dogovora/>

152. Постанова Вищого господарського суду України від 09.09.2009 по справі № 39/44-09 про стягнення коштів за недійсним правочином. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4887619>

153. Про нотаріат Закон України від 2 вересня 1993 р. (зі змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383.

154. Петруня В.В. Визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання. *Правове життя сучасної України*: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф., 16-17 травня 2013 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2013. Т. 2. С. 784-786.

155. Черпак І. Оскарження виконавчого напису нотаріуса: проблемні питання судової практики. URL: <http://kr-pro.com/articles/jurisprudence/16-grievance-executive-notary-issues-judicial-practice.html>.

156. Рішення Господарського суду м. Києва від 13.12. по справі № 45/305. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12953932>

157. Рішення Господарського суду м. Києва від 12.08.2010 по справі № 45/37. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10795581>.

158. Постанова Вищого господарського суду України від 21 липня 2009 р. № 31/382. URL: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_2426099.html
159. Постанова Верховного Суду України від 12 лютого 2009 року. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/83221D79113396FFC2257854004A22A1?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=83221D79113396FFC2257854004A22A1&Count=500&>.
160. Беляневич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України: (із змінами і доповн. Станом на 22 вересня 2005 р.) Науково-практичний коментар. Київ: Видавництво «Юстиніан», 2006. 672 с.
161. Проект Кодексу господарського судочинства № 2777 від 16.07.2008. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=33065).
162. Зауваження та пропозиції Правового управління Верховного Суду України до проекту Кодексу господарського судочинства України № 2777 від 16.07.2008. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/ef94a2375cafec9ac22574e40035be0b?OpenDocument>.
163. Петруня В.В. Встановлення юридичних фактів як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання. *Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності та права*: зб. матер. Міжнар. наук. конф., 30 листопада 2012 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2012. Т. 2. С. 687-689.
164. Васильев С.В. Хозяйственное судопроизводство Украины: Учебное пособие. Харьков: Эспада, 2002. 368 с.
165. Вінник О.М. Господарське право: Навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп. Київ: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 766 с.
166. Мосейчук Р. Возмещение убытков при нарушении договорных обязательств. *Підприємництво, господарство і право*. 2004. № 3. С.38-41.

167. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г.Л. Знаменський, В.В. Хахулін, В.С. Щербина та ін.; За заг. ред. В.К. Мамутова. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 688 с.

168. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Издание 2-е, завод 6-й (стереотипный). Москва: «Статут», 2003. 848 с.

169. Петруня В.В. Штрафні санкції в господарських зобов'язаннях: проблеми застосування. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 2. С. 46-49.

170. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав .Изд. 2-е, стереотип. Москва: «Статут», 2001. 411 с. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/1/page_33.html

171. Щербина В.С. Господарське право: підручник. 2-е вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 592 с.

172. Господарське право: Підручник / О.П. Подцерковний, О.О. Квасніцька, А.В. Смітюх та ін.; За ред. О.П. Подцерковного. Харків: Одесей, 2010. 610 с.

173. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 15.03.2011 № 01-06/249. URL: <http://vgsu.arbitr.gov.ua/news/872/>.

174. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 9. Ст. 89.

175. Рішення господарського суду м. Києва у справі № 11/44615.11.10 від 15.11.2010. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12292892>

176. Постанова Вищого господарського суду України від 26.07.2011 у справі № 7/484. URL: <http://pravoscope.com/act-postanova-7-484-kocherova-n-o-26-07-2011-ne-viznachenno-s>.

177. Постанова Вищого господарського суду України № 35/194-06 від 30.11.2006. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD063589.html%C2%A0.

178. Крупчак О., Перепелюк В. Місце адміністративного суду в процедурі застосування та стягнення штрафних санкцій із суб'єктів господарювання. *Юридична Україна*. 2008. № 11.с. 50-57.

179. Кравчук С.Й. Господарське право України: Навчальний посібник. К.: Кондор, 2007. 264 с. URL: <http://radnuk.info/pidrychnuku/gospodar-pravo/36-kravchyk/591-74-----,html>.

180. Рішення Господарського суду Хмельницької області у справі № 12/17/5025/557/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16798805>.

181. Старцев О.В. Підприємницьке право. URL: <http://ebk.net.ua/Book/PP/06-2.html>.

182. Іванова С.М. Система способів захисту цивільних прав та інтересів за законодавством України. URL: <http://www.apdp.in.ua/v29/68.pdf>

183. Мамутов В.К. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України. Редакційна колегія: Г.Л. Знаменський, Д.Х. Липницький, В.К. Мамутов (голова редколегії), І.Г. Побірченко та ін. Юрінком Інтер, 2004. 441 с.

184. Рішення Господарського суду Одеської області по справі № 27/17-1749-2011. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/17069181>.

185. Михайлов О.В. Господарське законодавство (Право): Курс лекцій для студентів спеціальності «Облік і аудит» денної та заочної форми навчання. Полтава:РВВ ПУСКУ. 2007. URL: <http://radnuk.info/pidrychnuku/gospodar-pravo/456-mihailov/7453--17-----,html>.

186. Митний кодекс України: Закон України від 13.03.2012. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44-45, № 46-47, № 48, ст.552.

187. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 02.03.2015. *Відомості Верховної Ради України* .2015. № 23. Ст. 158.

188. Шевченко Н. Поняття адміністративно-господарських санкцій. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 7. С. 80–83.

189. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 року № 2664-III. *Голос України*. 22.08.2001. № 150.

190. Узагальнення судової практики оскарження рішень правозастосовчого характеру регуляторів небанківських фінансових ринків України. URL: www.unascu.org.ua/main/docs/krudstil.doc

191. Рябченко О.П. Сутність адміністративно-господарських санкцій. *Вісник Верховного суду України*. 2002. № 2. С. 37-40.

192. Про механізм застосування міри відповідальності юридичних осіб, на зберіганні яких знаходяться матеріальні ресурси державного резерву, за самовільне їх відчуження (використання, реалізацію): Постанова Верховної Ради України від 20.02.1996 № 57/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 10. Ст. 49.

193. Про карантин рослин: Закон України від 30.06.1993. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 34. Ст. 352.

194. Про застосування адміністративно-господарських санкцій за порушення вимог щодо формування, встановлення та застосування цін (тарифів): Інформаційний лист ВАСУ від 22.10.2010 № 1464/11/13-10. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/v1464760-10>

195. «Критерій» значення слова. URL: <http://vseslova.com.ua/word/%D0%9A%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%96%D0%B9-53066u>.

196. Мельничук О.Ф. Правові засоби та способи захисту суб'єктивного права на освіту. *Адвокат*. № 4 (127). 2011. С. 23-27.

197. Бринцев О. До питання про кваліфікуючі ознаки поняття способу захисту права в контексті судової реформи. *Юридичний блог*. URL: <http://open-court.org/blog/OleksiyBryntsev/do-pytannya-pro-kvalifikuyuchi-oznaky-ponyattya-sposobu-zakhystu-prava/>

198. Постанова Верховного Суду України від 21.05.2012. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Decision/Review/?RegNumb=24704776>.

199. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності: Лист Вищого

господарського суду України від 14 грудня 2007 року № 01-8/974. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v_974600-07.

200. Птащенко Д.С. До питань про перелік способів захисту господарських прав. *Збірник тез наукових робіт учасників 4-ї Міжнародної цивілістичної конференції студентів та аспірантів, 3-4 квітня 2009 року* / упоряд. А. Р. Чанишева [та ін.] – Одеська національна юридична академія. Факультет цивільної та господарської юстиції. Одеса: Фенікс, 2009. 792 с.

201. Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 688 с. URL: <http://h2o-justadd.at.ua/load/12-1-0-24>.

202. Конспект лекції «Теорія держави і права». URL: <http://readbookz.com/books/176.html>.

203. Петруня В.В. Проблема ефективності використання способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць*. 2012. Вип. 63. С. 520-527.

204. Постанова ВСУ від 12 червня 2013 року у справі № 6-32цс13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32056429>

205. Луспеник Д. Верховенство права – новый «старый» принцип гражданского судопроизводства: соотношение с законностью. *Судебно-юридическая газета*. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/106896-verkhovenstvo-prava-novyy-staryy-printsip-grazhdanskogo-sudoproizvodstva-sootnoshenie-s-zakonnostyu>

206. Резніков О., Вінгловська О. Принцип верховенства права і проблеми його забезпечення в Україні. URL: http://yuricom.com/ua/legal_practice/analychna_yurysprudentsiia/pryntsypr_verkhovenstva_prava_i_problemy_yogo_zabezpechennia_v_ukraini-publication/

207. Мамченко Н.В. КГС Верховного Суда проходит совещание с главами апелляционных судов (текстовая трансляция). Судова влада України. URL: <https://court.gov.ua/press/interview/416128/>

208. Ухвала Господарського суду міста Києва від 09.12.2009 р. по справі № 05-6- 7 / 897. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8985580>.

209. Постанова Верховного Суду від 19 червня 2018 року у справі № 910/1780/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74780999>.

210. Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав / СПб.: Специальный юридический факультет по переподготовке кадров по юридическим наукам Санкт-Петербургского государственного университета, 2000. 384 с.

211. Погребняк С. Додержання принципу пропорційності як умова правомірності нормативно-правових актів. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 4(43). С. 33–43.

212. Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / Р.Б. Шишка (кер.авт.кол.), О.Л. Зайцев, Є.О. Мічурін та ін.; за ред. Р.Б. Шишки та В.А. Кройтора. Вид. 2-е, виправ. та доп. Харків: Еспада, 2008. 680 с.

213. Андреев Ю.Н. Механизм гражданско-правовой защиты / М.: Норма: ИНФРА-М, 2010. 464 с.

214. Хоменко М. Ефективність способів захисту цивільних прав та інтересів у практиці Європейського суду. *Юридична Україна*. 2016. № 5-6. С. 45-53.

215. Окрема думка (спільна) суддів Великої Палати Верховного Суду Лященко Н.П., Прокопенка О. Б., Ситнік О.М. на постанову від 31 травня 2018 року у справі № 800/305/17 (провадження № 11-53сеп18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74777560>

216. Бакаева О.Ю., Погодина Н.А. О соотношении частных и публичных интересов. *Журнал российского права*. 2011. № 4. С. 36-47.

217. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво

прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99>

218. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

219. Гулик А. Г Межі втручання суду в дискрецію суб'єкта владних повноважень. *Закарпатські правові читання*. Том 1. С. 149-152. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/13577/1/>

220. Про здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень: Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасникам № R(80)2 від 11.03.1980. URL: http://sc.gov.ua/ua/rekomendaciji_komitetu_ministriv_radi_jevropi.html.

221. Рішення у справі «Олссон проти Швеції»: Європейський суд з прав людини від 24.03.1998 (скарга №10465/83). URL: <http://european-court.ru/resheniyaevropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/olsson-protiv-shvecii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.

222. Мілютін А. Ефективність судового захисту: біг по колу (на прикладі митних спорів). *Юридична газета online*. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/efektivnist-sudovogo-zahistu-big-po-kol.html>

223. Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3-4. Ст. 27.

224. Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин: Постанова ВГСУ від 17.05.2011 № 6. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006600-11>

225. Ухвала Вищого адміністративного суду України по справі № К/800/32134/15 від 17.12.2015. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/AS151019.html

226. Голосніченко І.П., Голосніченко Д.І Теорія повноважень, їх легітимність та врахування потреб і інтересів при встановленні на

законодавчому рівні. URL: http://afgp.kpi.ua/sites/default/files/11%20-%201_9_%20-%2025.pdf

227. Постанова Пленуму «Про судові рішення в адміністративній справі» ВАСУ від 20.05.2013 № 7. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/v0007760-13>

228. Постанова Вищого господарського суду України від 11 квітня 2017 року Справа № 922/279/17. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vgsu_vid_11_04_2017_roku_u_spravi_922_279_17/

229. Рішення Господарського суду міста Києва від 24.11.2014 у Справі № 910/19186/14 Про зобов'язання вчинити певні дії. URL: http://cons.parus.ua/_d.asp?r=0A2C3f540ce4ec2df83aad710648b47780d60

230. Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 № 1404-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542.

231. Про гарантії держави щодо виконання судових рішень: Закон України від 05.06.2012 № 4901-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 17. Ст. 158.

232. Гріцишина М. Виконання невиконаних дій державним органом. *Юридична газета*. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/vikonavche-provadzheniya/vikonannya-nevikonanih-diy-derzhavnim-organom.html>.

233. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Кечко проти України» (Заява № 63134/00) від 8 листопада 2005 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_025

234. Жебелева А. Суд може зобов'язати укласти договір. Аналіз законодавства та судової практики. №12-13(190-191) 23 березня 2010 р. URL: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=1851>.

235. Постанова Вищого господарського суду України від 15.01.2008 у справі № 20/175. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD080045.html

236. Постанова ВСУ від 17 травня 2017 року у справі № 914/433/16.
URL: http://zib.com.ua/ua/129615-perevazhne_pravo_orendarya_na_prodovzhennya_dogovoru_rozjasn.html
237. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05.06.2018 по справі № 338/180/17. URL: [https://protocol.ua/ua/shchodo_viznannya_dogovoru_ukladanim_\(postanova_velikoi_palati_verhovnogo_sudu_vid_05_06_2018_r_po_spravi_338_180_17\)](https://protocol.ua/ua/shchodo_viznannya_dogovoru_ukladanim_(postanova_velikoi_palati_verhovnogo_sudu_vid_05_06_2018_r_po_spravi_338_180_17))
238. Коментар Господарського кодексу України URL: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/hku/85-hku/2741-188.html>
239. Постанова від 04.03.2010 у справі № 6/403. URL: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2710505.html
240. Теньков С.О. Визнання договорів недійсними – деякі сучасні тенденції судової практики. *Вісник господарського судочинства*. 2008. №1. С. 104-107.
241. Аналіз практики: Застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України Верховний Суд України. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3>
242. Полюшкевіч Наталія Необхідність охорони та захисту. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1305>
243. Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. Москва: «Статут», 2003. 190 с.
244. Боднар Т.В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. на здобуття наук. ступенів д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03.Київ: Б.В., 2005. 34 с. URL: <http://lawbook.org.ua/biblioteka/download/25-120003-tsivilne-pravo-i-tsivilnij-protses-simejne-pravo-mizhnarodne-privatne-pravo/8603-aref2050513>
245. Петров В.С. Окремі проблеми застосування Положень законодавства про примус до виконання обов'язку у натурі. *Правове життя сучасної України*: Матеріали Міжнародної науково –практичної конференції,

присвяченої ювілею академіка С.В. Ківалова (16 - 27 травня 2014 р., м. Одеса): у 2 т.Т. 1 / відп. ред. В.М. Дрьомін. Одеса: Юридична література, 2014. 820 с.

246. Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Edited by O. Lando and H. Beale. Kluwer Law Int., The Hague, 2000. 561 p.

247. Marsh P.D.V. Comparative contract law (England, France, Germany). P.D.V. Marsh. Gower. England, 1994. 356 p.

248. Кетц Х., Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. В 2-х томах: Пер. с нем.Т. 2 М.: Междунар. отношения, 1998. 512 с.

249. Treitel G.H. Remedies for breach of contract. A comparative account. 1988. 422 p.

250. Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд., Перераб. и доп. В 2-х т. Т. 1. М.: Междунар. отношения, 2006. 560 с.

251. Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів: Конвенція Організації Об'єднаних Націй від 11 квітня 1980 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_003

252. Про єдиний закон про укладення договорів про міжнародну купівлю-продаж товарів: Конвенція Організації Об'єднаних Націй від 01.07.1964. URL:http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_b17

253. Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT): Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА) від 01.01.1994. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920

254. Принципи європейського договірної права. Коментарі та рекомендації» / пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів «ЗЕД». – Київ: Асоціація «ЗЕД», 2013. 304 с.

255. Zimmermann R. The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition. Oxford University Press, 1996. 1241 p.

256. Петруня В.В. Выполнение хозяйственного обязательства в натуре. Опыт разных стран. Jurnalul juridic national: Teorie și Practică. (Республика Молдова). 2015. № 5 (15). С. 50-53.

ДОДАТКИ

Додаток 1

Публікації здобувача за темою дисертації

1. Петруня В.В. Проблема ефективності використання способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць*. 2012. Вип. 63. С. 520-527.

2. Петруня В.В. Відповідність предмета спору встановленим законодавством способам захисту прав суб'єктів господарювання. *Вісник господарського судочинства*. 2013. № 5. С. 159-165.

3. Петруня В.В. Критерії способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Юридичний вісник*. 2014. № 4. С. 307-311.

4. Петруня В.В. Штрафні санкції в господарських зобов'язаннях: проблеми застосування. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 2. С. 46-49.

5. Петруня В.В. Выполнение хозяйственного обязательства в натуре. Опыт разных стран. *Jurnalul juridic national: Teorie și Practică. (Республика Молдова)*. 2015. № 5 (15). С. 50-53.

6. Петруня В.В. Поняття способів захисту прав суб'єктів господарювання. *Гармонізація правових засад підприємництва: зб. матеріалів III Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції, 14-22 березня 2012 р., Луганськ: Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля, 2012. – С. 118-120.*

7. Петруня В.В. Способы захисту прав суб'єктів господарювання. Досвід Англії. *Правове життя сучасної України: зб. матеріалів Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу, 20-21 квітня 2012 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2012. Т. 3. С. 253-254.*

8. Петруня В.В. Встановлення юридичних фактів як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання. *Теоретичні та практичні проблеми забезпечення*

сталого розвитку державності та права: зб. матер. Міжнар. наук. конф., 30 листопада 2012 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2012. Т. 2. С. 687-689.

9. Петруня В.В. Визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню як спосіб захисту прав суб'єктів господарювання. *Правове життя сучасної України*: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф., 16-17 травня 2013 р., Одеса: Націон. ун-т «Одеська юридична академія», 2013. Т. 2. С. 784-786.

Відомості про апробацію результатів дисертації

Одержані у процесі дослідження висновки, узагальнення та пропозиції висвітлені на таких науково-практичних конференціях: «Гармонізація правових засад підприємництва» (м. Луганськ, 14-22 березня 2012 р.) (заочна), «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 20-21 квітня 2012 р.) (очна), «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку державності та права» (м. Одеса, 30 листопада 2012 р.) (очна), «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 16-17 травня 2013 р.) (заочна).