

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ У СУДІ: ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ ГІБРИДНОЇ МОДЕЛІ

JUDICIAL REMEDIES: PROBLEMS OF THE CONTEMPORARY HYBRID MODEL

Пільков К.М., к.ю.н.,
суддяВелика Палата Верховного Суду,
старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
та правових проблем євроінтеграціїНауково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Стаття пропонує поглянути на одну з найбільш актуальних для судочинства у господарських, цивільних та адміністративних справах проблему – застосування способів захисту – в різних системах координат: з позиції традиційних підходів континентальних правових систем, тобто «від підстав до предмету позову», і в термінах ремедіальних прав у традиції систем загального права – «від предмету до підстав». Цей аналіз дозволяє розкрити ознаки, які характерні для різних моделей застосування судами способів захисту. У статті обґрунтовується теза про вирішальний вплив на зміну поглядів вітчизняного судочинства на питання способів захисту внаслідок впровадження у національні процесуальні галузі принципів ефективності судового захисту та диспозитивності процесу, що спричинило трансформування української процесуальної моделі діяльності суду із застосування способів захисту у гібридну, яка поєднує підходи, властиві для континентальних систем і систем загального права. Особливу увагу у статті зосереджено на появі у національних процесах окремих елементів притаманної традиції загального права доктрини *transit in rem judicatam*, яка передбачає поглинання судовим рішенням на користь позивача прав, стосовно яких виник спір, що однак досі вітчизняною судовою практикою не сприйнято. Автор обґрунтовує важливість розмежування категорій належності та ефективності способу захисту, від чого залежить, на якій стадії і яким судовим рішенням суд може вказати на дефект позову: повернути (залишити без розгляду) безпредметний позов, тобто позов, у якому позивач просить про спосіб захисту, який не є можливим у праві, або відмовити у позові за результатами розгляду справи по суті, якщо запитаний спосіб захисту є неефективним.

Ключові слова: ефективний спосіб захисту, диспозитивність, безпідставний позов, ремедіальні права, *res judicata*, *transit in rem judicatam*.

The article offers to look at one of the central problems in commercial, civil and administrative judicial proceedings, which is the problem of judicial remedies from different perspectives: from the standpoint of traditional approaches of civil law systems, i.e. "from cause of action to the sought relief", and in terms of remedial rights in the common law systems, i.e. "from the sought remedy to the cause of action". This analysis made it possible to reveal peculiar features of different models of how courts grant judicial remedies. The article substantiates the thesis about the decisive impact on the changes of domestic jurisprudence in matters of granting remedies made by the introduction into national procedural laws of the principles of effectiveness of judicial remedies and party autonomy, that caused the transformation of the Ukrainian procedural model of granting judicial remedies into a hybrid one, which combined opposite approaches inherent for civil and common law systems. The article pays particular attention to the common law doctrine of *transit in rem judicatam*, according to which the judgment in favor of a claimant subsumes the claimant's rights related to the particular cause of action, and which found its way into Ukrainian procedural laws at least in some significant aspects, although the whole doctrine has not yet been accepted by the jurisprudence. The author emphasizes the importance of making distinction between propriety and effectiveness of a remedy, which plays a significant role in deciding upon the stage and respective type of a court decision by which the court points out the defects of a claim: it is the dismissal after a summary proceeding in case of an unmeritorious claim, i.e. a claim in which the plaintiff seeks for a relief, which does not exist in law, or dismissal of the claim after it has been considered on the merits, if a requested remedy does exist in law, but is nevertheless ineffective.

Key words: effective remedy, party autonomy, unmeritorious claim, remedial rights, *res judicata*, *transit in rem judicatam*.

Вступ. Напевне, у вітчизняному судочинстві знайдеться не багато інших питань, практика відповіді судів на які так сильно драгувала б таку велику частину правничої спільноти, як способи захисту. Для цивільного та господарського судочинства це чи не найгостріша проблема. Затиснені в лещата принципів диспозитивності процесу та ефективності судового захисту, суди протягом останніх декількох років істотно змінили підходи до того, як застосовувати способи захисту, хто несе наслідки обрання неналежаного або неефективного способу, якими є ці наслідки. Ці нові підходи часто не знаходять у практиків прихильності, а у науковців – цілісного доктринального осмислення.

Судовому захисту та проблемам його ефективності, зокрема у порівнянні з іншими формами, в окремих видах правовідносин було присвячено багато ґрунтовних робіт: Стоколосі М. В., І. З. Цимбали [41] – у трудових правовідносинах, Л. В. Козловської – щодо спадкових прав [31], З. В. Ромовської – у сімейному праві, М. М. Шумила – стосовно захисту соціальних прав [36]. Проблеми ефективного судового захисту в цілому та ефективності окремих способів захисту речових прав на землю та інше нерухоме майно досліджував у більш ранніх роботах також автор.

Ці та інші дослідження зосереджені головним чином на ефективності судового захисту в цілому як механізму

захисту прав або на проблемах ефективності окремих способів захисту. Тобто сучасні дослідження переважно присвячені проблемам ефективності і матеріально-правовими аспектам цих проблем, що цілком зрозуміло, зважаючи на те, що проблема ефективності захисту прав актуальна для всіх сфер матеріально-правових відносин.

Водночас надлишку робіт з результатами дослідження процесуальних проблем застосування способів захисту поки що не спостерігаємо.

Ця стаття має на меті докластися до виправлення ситуації, що склалася.

Автор регулярно зіштовхується з критичними оцінками правників судової практики саме в частині висновків про способи захисту. Характерно, що критика полярна, а її аргументи залежать від того, на який принцип спирається критик.

Переважно заснована на піднесенні *диспозитивності* критика атакує рішення судів про відмову у задоволенні позовів, у яких позивач просить про неефективний, за висновком суду, спосіб захисту. Вона зводиться до того, що доки позивач не просить про щось незаконне, суд мав би дати позивачу те, про що він просить, тобто задовольнити вимогу, як її сформулював позивач, якщо встановлено, що порушення права мало місце, а не виснувати про ефективність чи неефективність запитаного позивачем

захисту. Прихильники ультрадиспозитивності, назвемо її так, вважають, що якщо позивач попросив про неефективний захист, то це його право, а суд не має втручатись у вибір позивача доти, доки це прямо не суперечить закону, і не має «підкуватись» про позивача, відмовляючи йому у задоволенні нехай навіть неефективної вимоги. Якщо вимога позивача не суперечить закону, суд може і має її задовольняти – таке «кредо» ультрадиспозитивності.

На іншому полюсі ті, для кого суд – не арбітр, а правохоронний орган, покликаний захищати порушене право всіма доступними засобами. Дискусія про ефективний спосіб захисту і роль позивача в його обранні для прихильників цієї парадигми – беззмінна, адже суд в крайньому випадку сам має, на їх переконання, задовольнити позов, *ex officio* надавши той захист, який є найбільш ефективним. Те, що в багатьох випадках право дає потерпілій від порушення стороні різні можливості для захисту свого права, обирати серед яких має сторона, а не суд, прихильники цієї парадигми не вважають перешкодою: суд має запропонувати уточнити позовні вимоги, якщо сам не може це зробити для захисту особи. Крайній прояв такого підходу можна назвати *дискреційним ремедіалізмом*, услід С. Гедлі та П. Біркеу, які використали цей термін (англ. *discretionary remedialism*) на позначення практики суду ставитись у питаннях способу захисту (англ. *remedy*) до сторони, як лікар ставиться до пацієнта: лікарю краще знати, який засіб застосовувати у лікуванні, от і суддя має користуватись широким розсудом у питанні про те, який захист застосувати за певних обставин. Дослідники відзначали загрози для передбачуваності правосуддя і, як наслідок, загрозу верховенства прав в цілому від цієї практики [11, с. 12].

У цій статті ми спробуємо пояснити, як домінуючий у сучасній судовій практиці підхід до застосування способів захисту опинився між цими двома полюсами. Як далі буде видно, таке пояснення можна знайти у тому, що сучасна вітчизняна модель застосування судами способів захисту віддалилась від традиційної континентальної процесуальної моделі, прийнявши окремі елементи моделі, властивої системам загального права, і тому набула ознак гібридної. Далі ми спробуємо системно виявити ці ознаки і запропонувати шляхи усунення неузгодженостей у ній, аби на практиці вона була несуперечливою у своїй основі, а не штучним набором запозичень, які конфліктують одне з одним і з викликають реакцію відторгнення у традиційній основі, на яку вони були перенесені.

Під моделлю застосування судами способів захисту у цій статті розуміється несуперечливе системне пояснення того, у якій послідовності і якими судовими рішеннями мають вирішуватись питання застосування способів захисту, за якими критеріями суди їх оцінюють, які процесуальні наслідки має невідповідність цим критеріям. Отже, модель зосереджується на процесуальному аспекті і не стосується кожного окремого способу захисту у його зв'язку з суб'єктивним правом, його порушенням та спричиненими цим наслідками.

Метою статті є не виправдання існуючої судової практики у цьому питанні, а пошук найменш суперечливого пояснення для притаманних сучасному судочинству рішень у питаннях способів захисту, а також спроба перейти від фрагментарного аналізу окремих проблем, пов'язаних з тим, як суди вирішують складну проблему застосування способів захисту, до заснованого на цілісному баченні всієї моделі системного підходу до цього складного явища.

І. Дві класичні моделі

Для правових систем континентальної традиції, до яких історично також належала українська, у практиці судів із застосування способів захисту був характерний підхід, за якого, за висловом професорів Ч. Каваліні та М. Габоарді, «індивідуальні права підлягають захисту до того стану, у якому вони первинно були визначені зако-

нодавцем» [8, с. 1], тобто по суті захист права тяжів до єдиного способу – буквально відновлення права у стані, яке існувало до порушення.

Натомість, для систем загального права здавна була характерною множинність способів захисту, за якої кожне право має *принаймні* один спосіб захисту. При цьому окремі групи способів захисту навіть застосовувались різними системами судів і за різним правом: з XVI століття суди загального права Англії застосовували засоби загального права (англ. *legal remedies*), а система правосуддя за справедливістю давала можливість застосувати захист за справедливістю (англ. *equitable remedies*). У сучасних системах загального права ці дві підсистеми вже об'єднані, водночас позивач залишився з вибором різних засобів компенсаційного характеру (серед яких більшість *legal remedies*) та відновлювального в натурі (серед яких, наприклад зобов'язання виконати обов'язок в натурі (англ. *specific performance*), що традиційно є *equitable remedy*). Цей вибір покладав на позивача наслідки невідповідності умовам, за яких відповідний захист міг бути наданий.

У зв'язку з цим акценти у поглядах на способи захисту у двох традиціях істотно різняться. Для континентальних систем важливим є спершу встановити, чи мало місце порушення суб'єктивного права, а далі шлях, єдиний – відновлення права (чи примусове його здійснення) або компенсація, однак тільки якщо відновлення неможливе. Прикладом втілення такого підходу у нещодавній практиці є висновок Верховного Суду про те, що «якщо майнові вимоги кредитора ліквідованої юридичної особи залишилися незадоволеними внаслідок добровільної ліквідації юридичної особи проведеної із порушенням [...], позов такого кредитора про відшкодування збитків особами, які приймали рішення та здійснювали ліквідацію такої юридичної особи – боржника є *додатковим способом захисту*, який можна застосувати у тому випадку, якщо існують обставини, що унеможливають звернення кредитора до господарського суду із позовом про відміну (скасування) державної реєстрації припинення юридичної особи» [28].

Для систем загального права множинність способів захисту і умов для їх одержання вилілась у парадигму ремедіальних прав (англ. *remedial rights*) як вторинних прав, які особа, чиї первинні права порушено, може одержати, якщо виконуються певні умови їх надання. Крім того, історично у системах загального права первинні права, тобто те, що ми б назвали суб'єктивним правом у матеріальних правовідносинах, не конкретизовані у законодавстві, а часто мають досить загальний характер. Тому навіть вважається, що через визнані судами способи захисту ці права наповнюються змістом, а без них вони були б лише ідеєю. Так, наприклад, у США 50-60-х років XX століття у судових справах про десегрегацію шкіл йшлося про захист права учнів шкіл на однаковий захист законом (англ. *equal protection of the law*). Це досить абстрактне право суди визнали за можливе захищати такими способами, як заборона розподілу учнів за расовою ознакою, покладення обов'язку з інтеграції у школах, відшкодування шкоди, завданої сегрегацією. Завдяки цим засобам право одержало конкретне наповнення [17, с. 1638–1639].

Цей приклад дозволяє зрозуміти зміст інверсії відомої латинської максими: якщо для континентальних систем застосовний вислів «*ubi jus ibi remedium*» («де є право, там є й засіб захисту»), який вказує на те, що суд захищає право, якщо таке визнається у законі, то для систем загального права максима трансформується в «*ubi remedium ibi jus*», що приблизно означає, що за доступними насправді засобами захисту можна визначити право, його зміст. Попри розходження у поглядах науковців на обсяг поняття «судовий приватноправовий захист» (англ. *judicial private law remedy*) у загальному праві його все ж розуміють, з одного боку, як судовий наказ, а з іншого – як

вторинне ремедіальне право, яке особа одержує у випадку порушення її первинного права [18, с. 1137].

Ці відмінності сприяли формуванню у свідомості юристів, вихованих у відповідній правовій традиції, часто протилежних парадигм сприйняття предмету і підстав позову, а відповідно й способів правового захисту. Якщо для інквізиційного процесу у континентальних системах характерною є модель руху від відстав до предмету, де суд умовно питає у позивача «що сталося?» [підстава позову] і тільки згодом і без зобов'язуючого для себе ефекту «як позивач просить цьому зарадити?», адже захист – це питання права, у якому суд у континентальних системах сам дає собі раду, то в змагальній процесуальній моделі загального права суд питає: «що позивач хоче від суду?» [яке *remedy* запитане?] і далі «чому позивач вважає, що має право це отримати?» [підстава позову].

У доктрині загального права норми, які встановлюють способи захисту права, складають окрему субстанцію – ремедіальне право (англ. *remedial law*) [10, с. 1407], що у звичній для українського правника термінології означає право способів захисту. При цьому у загальному праві визнається, що ремедіальне право має публічно-правову складову, оскільки регулює також відносини держави зі сторонами, перш за все, «відносини держави і особи, яка звертається по її допомогу» [16, с. 7]. В окремих дослідженнях ремедіальне право все ж розглядається як інститут відповідного матеріального права [11, с. 4]. В українській юридичній науці поняття ремедіального права чи ремедіальних прав ще не встигло увійти в ужиток, натомість прикметник «ремедіальний» широко застосовується в міжнародному праві у складі поняття ремедіальної сецесії (відокремлення) в контексті прав народів на самовизначення [38, с. 115], яка в цілому в доктрині міжнародного права розглядається знову ж таки як ремедіальне, захисне право у відповідь, зокрема, на порушення прав людини [3].

Підстава позову у традиції загального права (англ. *cause of action*) у системі координат ремедіального права – це «факти, які належить довести, щоб одержати певний спосіб захисту (*remedy*)» [16, с. 5]. Так, наприклад Федеральні правила цивільного процесу у США (правило 8) вимагають, щоб позовна заява містила принаймні короткій і зрозумілий виклад позову, який би вказував на те, що позивач має право на той спосіб захисту, про який він просить (англ. *is entitled to relief*) [9, с. 196].

Водночас, попри те, що погляд на способи захисту або ремедіальні права, так би мовити, з різних кінців накладає певний відбиток на практику їх застосування судами, все ж навіть в межах однієї правової традиції визнається за можливе поглянути на позов з двох точок зору.

Так, в американському процесі визнається можливим погляд на позов з наголосом спершу на підставність позову (це, як ми вище показали, традиційний погляд континентальної моделі): для з'ясування того, чи має позивач підставу (англ. *standing*) для розгляду вимог, суддя має поставити питання про те, (1) чи стверджує позивач, що оскаржене діяння спричиняє йому фактично шкоду, і (2) чи інтерес, по захист якого звернувся позивач, може розглядатись як такий, що підлягає захисту або врегульований нормативним актом чи конституційною гарантією, які спірне діяння, як стверджується, порушує [13, с. 703]. К. Нельсон визнає, що питання «підставності» може бути «перекладене» мовою ремедіальних прав таким чином, що процесуальний закон визначає процедуру, за якою внаслідок правопорушення ремедіальними правами наділяється той, стосовно кого виконуються умови щодо «підставності» [13, с. 703]. Як бачимо, доктрина у США визнає за можливе поглянути на предмет і підстави позову у двох системах координат.

Крім того, у системах загального права під впливом практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) із захисту конвенційних прав (які аж ніяк не можуть вважа-

тись абстрактною ідеєю, а мають зміст, який не є похідним від того наповнення, яке їм давали б *remedies* за традиційного для загального права підходу) також відбуваються процеси трансформації. Зокрема, в загальному праві Англії і, особливо, Ірландії має місце визнання першорядного значення фундаментальних прав за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція) і через це обернення звичного для загального права *ubi remedium ibi jus* в англо-саксонську версію континентального *ubi jus ibi remedium* [14, с. 659].

Однак не тільки у системах загального права суди рухаються у бік зближення з континентальною традицією у поглядах на способи захисту. Сприйняття змагальності, диспозитивності і підвищення ролі сторін у спрямуванні процесу, запозичені континентальною традицією зі змагального процесу у системах загального права, як далі буде видно, потягло зміни і у підходах до застосування способів захисту судами в Україні. Осягнути ці зміни буде легше, якщо прийняти можливість аналізу способів захисту під різними кутами зору.

II. Релікти традиційної континентальної моделі у вітчизняному процесі

У руслі континентальної правової традиції українські цивільне, господарське та, згодом, адміністративне судочинство історично вибудовували алгоритм розгляду справ «від підстав до предмету». Спосіб захисту у цій моделі протягом десятиліть розуміли як концентрований вираз змісту державного примусу, за допомогою якого відбувається досягнення бажаного для особи, право чи інтерес якої порушені, правового результату, що найбільш повно відображено у визначенні цього поняття, яке дала йому З. В. Ромовська [36, с. 13].

Свідчень, прямих і опосередкованих, тому, що українська процесуальна модель до останнього часу була побудована як рух від підстав до предмету і від порушеного права до способів його захисту, багато:

1. Власне вже те, що у українській доктрині і судовій практиці прийнято говорити про феномен судового захисту прав, вказує на парадигму мислення, у якій спочатку належить з'ясувати, що сталося (яке визнане у законі право порушено і чим), а згодом визначитись із реакцією на це. *Ubi jus ibi remedium* відображає саме цю послідовність. Судове рішення традиційно розглядалось як таке, що не створює нових прав. Оскільки категорія вторинних, ремедіальних прав не застосовувалась, то очевидно, що мова йшла про те, що судові рішення не створює права, ні первинні, ні вторинні, а лише захищає їх. Відповідно не мала ґрунту для укорінення у вітчизняній практиці притаманна загальному праву доктрина поглинання або *transit in rem judicatam*. Вона передбачає, що рішення на користь позивача у цивільній справі поглинає всі права, на які позивач міг претендувати з огляду на підстави позову, і таке поглинання перешкоджає позивачу ініціювати наступне провадження з підстав, які поглинуті, навіть якщо рішення було стосовно меншого обсягу вимог ніж ті, на які позивач міг претендувати.

2. У трьох вітчизняних процесних є поняття завідомо *безпідставного* позову (пункт 3 частини другої статті 43 ГПК України, пункт 3 частини другої статті 44 ЦПК України, пункт 3 частини другої статті 45 КАС України), однак не *безпредметного* позову, тобто позову, вимоги якого не можуть бути задоволені, навіть якщо обставини, які становлять його підстави, підтвердяться. Поняття «позов за відсутності предмета спору», про яке йдеться у вже згаданих процесуальних нормах, не тотожне безпредметності позову, оскільки предмет спору і предмет позову, як відомо, позначають зовсім різні категорії. У судовій практиці традиційно під предметом спору розуміється «об'єкт спірних правовідносин, тобто благо, щодо якого виникає спір між позивачем та відповідачем. Натомість предметом позову є частина позову, яка містить безпосередню матері-

ально-правову вимогу позивача до відповідача, щодо якої суд ухвалює рішення по суті. Предметом позову є позовні вимоги» [27].

3. Закладена у частині другій статті 9 КАС України норма про те, що суд може вийти за межі позовних вимог, 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, знову підкреслює, що предмет позову, який втілюється у позовних вимогах – питання другорядне після підстав. Процес в адміністративних судах у цьому сенсі не є унікальним, хоча право суду вийти за межі позовних вимог за означених умов характерне тільки для нього.

4. Певною мірою парадигма руху «від підстав до предмету» втілюється у техніці складання процесуальних документів, а саме позовної заяви: традиційний для українського юриста зразок починається з опису порушення, а завершується викладом прохальної частини.

Однак найголовніше те, що практика протягом багатьох років спрямовувала процес у напрямку «від підстав до предмету».

Верховний Суд України у 2016 році концептуально наголосив, що за результатами розгляду спору має бути визначено, чи було порушене цивільне право особи, за захистом якого позивач звернувся до суду, яке саме право порушено, в чому полягає його порушення, оскільки в залежності від цього *визначається належний спосіб захисту порушеного права, якщо воно мало місце* [19].

У 2019 Верховний Суд вже зауважив на стабільності в русі «від підстав до предмету»: «Вирішуючи спір, суд з'ясовує, чи існує у позивача право або законний інтерес; якщо так, то чи має місце його порушення, невизнання або оспорювання відповідачем; якщо так, то чи підлягає право або законний інтерес захисту і чи буде такий захист ефективним за допомогою того способу, який визначено відповідно до викладеної в позові вимоги. В іншому випадку у позові слід відмовити» (§ 8.5 постанови об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 14.06.2019 у справі № 910/6642/18) [26]. Господарська юрисдикція підтримала цей підхід і він був відображений у великій кількості постанов. З 2020 ця позиція була запозичена також у практику Касаційного цивільного суду (на час підготовки цієї статті принаймні у справах № № 661/1702/17, 446/1366/18, 753/19157/18, 570/2615/17, 161/2915/20, 203/5561/16-ц, 490/7050/19). На відсутність послідовності у її застосуванні змушені були звертати увагу окремі судді Великої Палати, коли та, хоч і визнавала у мотивах рішення стабільність вирішення питань про порушене право і про спосіб захисту, однак висувала про неефективність способу захисту там, де вже дійшла висновку, що порушення права не було [21; 22].

Водночас, практика Верховного Суду багата справами, у яких той доходив висновку про необхідність відмовити у задоволенні позову з мотивів неналежного способу захисту, не вдаючись до послідовного вирішення питань про те, чи мав позивач відповідне право і чи було воно порушене. В багатьох випадках, як у вже згаданій постанові Великої Палати, мотиви про неналежний спосіб захисту були наведені як додаткові до висновків про відсутність права або його порушення. Видається, що це не вкладається ні в традиційне *ubi jus ibi remedium*, ні в ті параметри послідовного вирішення питань позову («від підстав до предмету»), про які йшлося вище як про характерні для української процесуальної моделі.

Можна констатувати, що, дійсно, у тих випадках, коли якийсь спосіб захисту здавався неналежним або взагалі таким, що його не можна вважати способом захисту у позовному провадженні, шлях аргументації для відмови з цих підстав був найпростішим і найменш спірним. Однак це був безсистемний висновок, який у умовах

визнаної у вітчизняній парадигмі моделі і притаманній їй стабільності складно обгрунтувати.

Якщо ж змінити кут зору і дозволити собі поглянути на проблему із накладенням на неї двох описаних вище парадигм, то стає зрозуміло, що вітчизняна судова практика видає назовні ознаки, властиві процесуальним системам загального права. Якщо ж до цього врахувати згадані раніше процеси взаємного проникнення процесуальних традицій, особливо під впливом практики ЄСПЛ, то на поверхні з'являється висновок про те, що ми вже маємо гібридну модель, яку, однак, досі намагаємось втиснути у консервативні рамки континентальної правової традиції. Натомість потрібно виявити властивості цієї гібридної моделі, її доктринально осмислити, аби процесуальні рішення, що їх суди ухвалюють, не були суперечливими та позбавленими передбачуваності.

III. Сучасна гібридна модель

Процеси взаємного проникнення і запозичення підходів, властивих системам різних правових традицій, є невинними. В умовах глобалізації вони тільки поживляються, і, зрозуміло, не оминають процесуальні підсистеми.

Юристи систем загального права виявляють здатність «перекласти мовою ремедіального права» континентальну інтерпретацію способів захисту. Також юристи континентальної традиції в умовах, коли, за висловом Ч. Каваліні та М. Габоарді, «погляд систем цивільного права видається скутим ідеєю суб'єктивних прав, освячених законом», вивільняються з цих пут, приймаючи підхід загального права про те, що *способи захисту постають скоріше з судової практики, ніж з актів законодавства*. Верховні суди відіграють провідну роль у цьому процесі побудови нового ремедіального права у континентальній традиції. У Німеччині, Франції та Італії, засновуючись вже не на конкретних законодавчих нормах, а на конституційних принципах, ремедіальне право «ступово вивільняється від рабства системи прав» [8, с. 38]

Схожим чином в Україні під впливом закріплення конституційних засад верховенства права та втілених у практиці ЄСПЛ інтерпретацій гарантій прав людини, український процес посунув у напрямку оформлення гібридної моделі застосування судами способів захисту. Провідну роль в цьому зсуві відіграла вимога про *ефективність* судового захисту, яку судова система сама перед собою встановила, фактично піднявши її до рівня одного з принципів судочинства.

З іншого боку, з послідовним впровадженням у національній цивільній, господарській процеси і навіть адміністративне судочинство принципу диспозитивності змінилась роль суду у застосуванні способів захисту: суд зберіг можливість кваліфікувати обраний позивачем спосіб захисту, однак на позивача було покладено обов'язок обрати спосіб захисту, а також покладено негативні наслідки обрання неналежного способу.

Ці тези про вирішальну роль впровадження ефективності захисту та диспозитивності процесу як принципів судочинства у гібридизації української моделі діяльності суду із застосування способів захисту потребують пояснення.

3.1. Вимога ефективності

У більш ранніх публікаціях ми вже зауважували, що хоча ефективний захист у значенні, яке цьому поняттю надане у статті 13 Конвенції, має досить вузьке застосування, проте у вітчизняному судочинстві саме це положення Конвенції стало однією з підвалин формування сучасної практики у питанні ефективного способу захисту. Ефективність судового захисту порушених прав хоч надалі й продовжує виводитись у багатьох судових рішеннях із положень статті 13 Конвенції, а також із права на справедливий суд, передбаченого статтею 6 Конвенції, однак вже має зв'язок не стільки з необхідністю забезпечити захист окремих прав, передбачених Конвенцією, від порушень

з боку держави, скільки значення обов'язку судів забезпечити право на доступ до суду з метою отримати дієвий, ефективний захист прав у будь-яких правовідносинах, зокрема у цивільних та господарських [34, с. 132]. Юридична доктрина підкріпила це ставлення, визнавши, що право на ефективний засіб юридичного захисту посідає особливе місце поміж інших гарантованих прав та має універсальний конвенційний характер, тому його звужене співставлення лише з положеннями статті 13 Конвенції є не зовсім правильним [37, с. 200]. Українська судова практика також серйозно сприйняла висновки Консультативної ради європейських суддів про те, що аби бути якісним, судове рішення повинно сприйматися сторонами та суспільством у цілому як таке, що може бути ефективно реалізованим (пункт 31 висновку № 11 (2008) КРСС до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень) [30]. Так закріпилось ставлення до питання про ефективність захисту як до завдання суду, яке той виконує *ex officio*.

3.2. Ефективність vs. диспозитивність

Якщо визнати, що ефективний захист – це завдання суду, то одразу постає ряд питань про те, як обов'язок суду забезпечити ефективний захист співвідноситься з диспозитивністю процесу, у якому сторони самостійно розпоряджаються своїми вимогами, а суд вирішує справу не інакше, як в межах цих вимог.

Поляризація у поглядах на це питання одержала нову силу у 2017 році із запровадженням нових редакцій процесуальних кодексів, які містили нові положення про співвідношення ефективності захисту та диспозитивності процесу. Як науковці, так і практики розійшлися у тлумаченні цих положень у діапазоні від полюсу прихильників того, що ми у вступі до цього дослідження умовно назвали ультрадиспозитивністю, до полюсу прихильників забезпечення судом *ex officio* ефективного захисту, аж до дискреційного ремедіалізму.

Так, аналізуючи статтю 5 ГПК України на стадії проекту, науковці розійшлися у тлумаченні положень, якими «передбачається право суду самостійно визначити у своєму рішенні спосіб захисту, який не суперечить закону, у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду» [35, с. 39]. Ю. Серебрякова назвала це наданням суду повноваження змінювати спосіб захисту, а саму норму частини другої статті 5 ГПК такою, що може призвести до порушення принципу диспозитивності [39, с. 94–95]. З такого тлумачення у О. Подцерковного закономірно виникли перестороги: «способи захисту обмежено лише критерієм ефективності та несуперечності закону, попри те, що мають враховуватися принципи справедливості, розумності, нарешті – належності та здатності бути виконаним тощо». Далі він застеріг, що за відсутності таких орієнтирів для обрання способів захисту, не передбачених законом чи договором, однаковість правозастосування буде неможливо забезпечити, а свавільні рішення руйнуватимуть передбачуваність судового захисту. Цих вад, на його думку, можна було б уникнути, якби у проекті повною мірою враховувались підходи, вироблені судовою практикою [35, с. 39]. Власне це й відбулось. Підходи, вже випрацьовані судовою практикою, були враховані при застосуванні цього нового положення процесуального кодексу, тому негативні наслідки, про які застеріг О. Подцерковний, не настали.

Практика пішла тим шляхом, що суд застосовує спосіб захисту не з власної ініціативи, *sua sponte*, а відповідно до тих позовних вимог, які заявила сторона. Це в цілому відповідає також підходу, закладеному у 2021 році УНІДРУА та Європейським інститутом права у Європейських правилах цивільного процесу, які втілюють найкращі практики вирішення процесуальних питань з правових систем різних традицій, де вказано, до речі, «мовою» ремедіальних

прав, що «суд повинен вирішувати стосовно заявленої вимоги і лише стосовно неї» (Правило 23(2)) [7].

Інша справа, що суди у своїй практиці обґрунтували існування у себе повноваження тлумачити позовну вимогу, як її викладає позивач, аби мати можливість співвідносити її з існуючими способами захисту. Діючи таким чином, суд, з одного боку, не вдається до надмірного формалізму, а з іншого – не повинен цим тлумаченням змінювати позовну вимогу.

Для прикладу, ідучи у цьому «фарватері», об'єднана палата Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду у 2020 році зробила висновок, що «звертаючись до суду, особа наводить у позові власне суб'єктивне уявлення про порушене право чи охоронюваний інтерес та спосіб його захисту, що не вимагає їх формулювання дослівно тими словосполученнями, які застосував законодавець у статті 16 ЦК України. Головним є змістовне наповнення обраного позивачем способу захисту, яке визначається судом з прийняттям до уваги його правових обґрунтувань». Отже, якщо позивач просить суд зобов'язати відповідача укласти договір у поданій ним редакції з посиланням на статтю 187 ГК України, то це означає звернення позивача про вступ у певні правовідносини – про визнання укладеним за рішенням суду договору в редакції, наданій позивачем, що відповідає вимогам частини другої статті 16 ЦК України та частини другої статті 20 ГК України та не вимагає зміни способу захисту цивільного права позивача відповідно до статті 5 ГПК України (§ § 43, 44 постанови від 18.09.2020, справа № 916/1423/18) [25].

Закономірно, що такий погляд суду одержав схвальні відгуки тих, хто вважав, що цим суд усуває зайвий формалізм, який вилився б або у відмову в позові через неналежність позовної вимоги, як вона буквально сформульована позивачем, або у необхідність задовольняти некоректно сформульовану вимогу «буква в букву», як її викав позивач, аби лише вона прямо не суперечила закону. Водночас, ця практика наразилась на критику з боку прихильників покладення на позивача негативних наслідків некоректно сформульованої вимоги. Вони вважали, що суд таким «тлумаченням» вимоги насправді її змінює, чого робити не має права. Зробивши помірно незадоволеними прихильників ультрадиспозитивності, домінуюча судова практика все ж вирішила проблему некоректно сформульованих вимог, які як ніяк можна було віднести до певного визнаного у практиці способу захисту.

Однак вона не торкнулась значно масштабнішої проблеми, якою була і на час написання цієї статті залишається проблема неефективного або й загалом неналежного способу захисту.

Суть проблеми полягає у такому. У координатах усталеного механізму застосування судом способів захисту самі питання про спосіб захисту вважається питанням права. Як наслідок, реалізуючи доктрину *jura novit curia*, суд *ex officio* оцінює, чи є запитаний позивачем спосіб таким, що може бути застосований. Оскільки це питання є питанням права, то суд може дати на нього неочікувану для сторін відповідь, навіть у суді касаційної інстанції, і при цьому не залежати від доводів сторін. Це викликає зрозумілу критику не лише через саму дію суду, а й через втрачений час та ресурси на процес, який результував у ніщо. Якщо внаслідок висновку про неналежність способу захисту суд відмовляє у задоволенні позову, то чи в усіх випадках необхідно було здійснювати повноцінний розгляд і встановлювати обставини, які дозволяють зробити висновок про існування у позивача права і про його порушення відповідачем, якщо захиститись в обраний спосіб все одно не можна було? Постає питання процесуальної економії, ефективності використання ресурсів правосуддя та часового параметру ефективності захисту прав. Адже після того, як суди декількох інстанцій всесторонньо досліджували обставини порушення і за

наслідками тривалого процесу все ж відмовили у позові через неналежний захист, далі, якщо особа матиме намір ініціювати новий процес з вимогою, яка буде належною, її помилка з обранням неналежного захисту у невдалому процесі не становитиме, як правило, поважної причини для зволікання із зверненням з належним позовом. Інший масив пов'язаних з цим проблем становить значення для наступного процесу висновків про встановлені обставини, зроблені у невдалому для позивача процесі, та й в цілому обсяг *res judicata* для наступного процесу.

Перш ніж продемонструвати, як з гібридного характеру сучасної української процесуальної моделі застосування способів захисту з необхідністю виводяться відповіді на ці проблемні питання, необхідно встановити термінологічну точність у використанні категорій належності та ефективності способів захисту.

3.3. Належність та ефективність способу захисту у гібридній моделі

У вітчизняній судовій практиці найчастіше як критерії можливості застосувати той чи інший спосіб захисту, яку суд оцінює *ex officio*, використовуються категорії належності та ефективності. Часто в судових рішеннях ці поняття використовуються разом («належний та ефективний спосіб захисту»), іноді окремо, зокрема й як синоніми, що, на нашу думку, навряд чи виправдано.

На відміну від належності, ефективність способу захисту має чіткіші межі. Важливо для окреслення цих меж те, що ефективність оцінюється лише з позиції інтересів особи, яка зазнала порушення: суд визначає, чи приведе застосування цього способу до відновлення права або чи здатне компенсувати його застосування порушене право. Інтереси відповідача та інших осіб при застосуванні критерію ефективності не враховуються. Вони однак мають значення в оцінці, наприклад, пропорційності. Так, вимогу позивача стягнути з відповідача договірний штраф за добове прострочення поставки товару в стократному розмірі вартості товару аж ніяк не можна назвати неефективним способом захисту. Навпаки, ефект від його застосування такий, що, скоріше за все, позивач не може на нього добросовісно розраховувати. Тут може йти мова про непропорційність або неналежність у широкому сенсі, однак не про неефективність.

Натомість, належність в широкому сенсі охоплює всі критерії, за якими може оцінюватись спосіб захисту, в тому числі ефективність.

Належність способу захисту *sensu lato* взагалі є категорією, що охоплює такі послідовні тести, яким суд *ex officio* піддає спосіб захисту:

1) Належність *sensu stricto*, тобто чи існує взагалі в праві такий спосіб захисту, чи можливий він в принципі. В координатах ремедіальних прав ідеться про те, чи існує в принципі таке ремедіальне право, чи передбачене воно у законі, договорі, або, якщо ні, то чи суперечить воно закону. Тобто *належність у вузькому значенні стосується того, чи можливий певний спосіб захисту у праві*. Принаймні до впровадження нового терміну, який усунув би необхідність вживати належність у вузькому і широкому значенні, послуговуватимось ним у цих двох значеннях. Далі, якщо право в окремих випадках спеціально виключає можливість застосування певного способу захисту, який існує для захисту інших прав, то в цьому випадку також ідеться про неналежність *sensu stricto*;

2) Ефективність. Лише у випадку, якщо спосіб захисту є належним у вузькому сенсі, варто надавати оцінку його ефективності. Немає сенсу оцінювати на предмет ефективності позовну вимогу про зобов'язання відповідача публічно відшмагати себе різкою на головному міському майдані зі словами каяття за образу, про що просить позивач як сатисфакцію за порушення права на повагу до честі та гідності, якщо у правовій державі такий спосіб захисту суд в принципі не може санкціонувати. Цей приклад також

демонструє, наскільки нетотожними поняттями є належність способу захисту та його ефективність.

Подана послідовність не вичерпує всіх критеріїв, за якими оцінюється спосіб захисту. Вище мова йшла лише про ті, які суд у сучасному процесі застосовує самостійно, вирішуючи питання права. У випадку належності у вузькому сенсі цим питанням права буде спрощено «Чи існує у праві такий спосіб захисту?» Для критерію ефективності цим питанням права є «Чи може в існуючому правопорядку застосування такого способу захисту за встановлених обставин поновити конкретне порушене право чи компенсувати порушення?»

Інші критерії оцінки способу захисту, які можна було б виділити, перш за все, пропорційність, потребують для свого застосування вирішення додаткових питань факту (зокрема встановлення обставин, на які посилається відповідач, обґрунтовуючи надмірність тягаря для себе), де матиме місце реалізація змалюваності та диспозитивності, а отже й ініціатива сторін.

3.4. Наслідки подання позову, який містить вимогу про неналежний спосіб захисту

Коли позивач однозначно просить суд про застосування способу захисту, якого не існує у праві (це не ситуація з неточною формулюванням чи іншим недоліком, який суд може виправити самостійно протлумачивши вимогу, як ми про це писали вище), тобто просить про неналежний у вузькому сенсі спосіб захисту, тоді мова йде про те, що ми раніше умовно назвали безпредметним позовом – категорією, якої немає у процесуальному законі і яка використана тут для зручності, аби виділити такий позов з ширшої групи безпідставних позовів.

Справа в тому, що категорії «безпідставний», як вона вживається у вітчизняних процесуальних галузях права стосовно позову, заяви, в англійській мові, наприклад, відповідає поняття «*unmeritorious*» (див. наприклад § 56 рішення ЄСПЛ у справі «Серявін та інші проти України» англійською мовою [15] та в офіційному перекладі українською [40]. «*Unmeritorious*» – той, що позбавлений суті і не вартує розгляду по суті (англ. *on the merits*). Тобто це і безпредметний позов і безпідставний у вузькому значенні. У найбільш широкому розумінні в англійському судочинстві безпідставним позовом (англ. *unmeritorious claim*) є позов, який адвокат об'єктивно не розглядатиме як такий, що має якісь перспективи на успіх [4, с. 3]. Це поняття в собі не містить як кваліфікуючу ознаку недобросовісності та не вважається випадком зловживання правом, тобто не тотожне завідомо безпідставному позову (англ. *manifestly unmeritorious claim* або *patently unmeritorious claim*), а є значно ширшим і охоплює в цілому позови, які не заслуговують на розгляд по суті як через відсутність фактичної, так і правової підстави для розгляду, або й об'єктивно мале значення наслідків.

Українська судова практика досі активно не шукала процесуальні шляхи вирішення проблеми безпредметних та загалом безпідставних позовів, розглядаючи їх у повноцінному процесі. Небажання наражатись на ризик звинувачення в обмеженні доступу до правосуддя змушувало і змушує суддів розглядати безпредметні позови так, ніби вони вартують повноцінного розгляду, іноді знаючи результат наперед. Це при тому, що забезпечуючи таким вимогам доступ до правосуддя, яке в цьому випадку є ілюзорним для позивача, суд опосередковано обмежує це право для інших, завантажуючи систему тривалим розглядом таких позовів по суті, якої (суті) у цих позовів немає. Тут варто відзначити, що встановлення фільтрів для безпідставних в широкому сенсі позовів було визнано одним з механізмів принципу забезпечення доступу до суду у презентованих у 2016 році для цілей розвитку судочинства у Європейському Союзі Спільних мінімальних стандартах цивільного процесу, розроблених європейським парламентським дослідним підрозділом [5, с. 19].

Практика міжнародного арбітражу, звідки також національні процесуальні галузі запозичують багато прогресивних підходів до вирішення процесуальних проблем, за останнє десятиліття також просунулась у напрямку підвищення ефективності витрачання часу та грошей, зокрема й шляхом заохочення до вирішення питання про безпідставність позову у прискореній процедурі без повного дослідження обставин. У 2006 році відповідними положеннями, які створювали таку процесуальну можливість, був доповнений Регламент Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (ICSID) [6, с. 23]. У 2016 році Сінгапурський міжнародний арбітражний центр (SIAC) у новій редакції свого арбітражного регламенту передбачив можливість відмови на ранній стадії розгляду у позові, який є очевидно позбавлений правової підстави [2]. Схоже положення про спрощений розгляд у випадку очевидної безпідставності у питаннях факту або права був закладений до арбітражного регламенту Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма (стаття 39) [1]. Можна сподіватись, що ці інструменти будуть адаптовані у національних судових процесах, як це вже було з іншими найкращими практиками, запозиченими з арбітражу.

В українському диспозитивному процесі, спрямованому на ефективний результат, такий підхід мав би вилитись у те, що безпідставний у широкому розумінні позов мав би бути повернутий або залишений без розгляду, залежно від стадії, на якій суд робить висновок про його безпідставність.

Безпідставність як термін процесуального права таким чином мала б, нарешті, набути свого окремого значення, а не бути, як це часто трапляється у процесуальних документах сторін і судових рішеннях, епітетом для позначення недоліків у позиції сторони, коли безпідставність, необґрунтованість і недоведеність стають в один ряд синонімів, якими вони аж ніяк не є. В результаті такого «невинного» ототожнення цих понять суди вже опинились у ситуації, коли вони мають штучно «тягнути» процес до стадії встановлення обставин, які не мають жодного значення.

У процесуальних кодексах виділено лише категорію завідомо безпідставного позову, подання якого є зловживанням правом. Подання ж безпідставного у широкому сенсі позову, тобто такого, який охоплює безпредметний (коли позивач просить про застосування способу захисту, який не існує в праві) та безпідставний *sensu stricto* (коли позивач стверджує про обставини, з якими право не пов'язує можливість настання того наслідку, якого домагається позивач) позови процесуальним законодавством прямо не передбачені.

Процесуальне рішення про повернення (залишення) безпідставного позову без розгляду було б найбільш виправданим інструментом реагування на нього з багатьох причин.

На відміну від розгляду по суті, який має супроводжуватись встановленням обставин справи і вирішенням питань про факти, все це для безпідставного позову не потрібно, адже не має значення, існують чи ні ті обставини, про які стверджує позивач. Завдання ефективного судочинства і принцип процесуальної економії зобов'язують суд зробити цей висновок якнайшвидше.

Якщо мова йде про безпредметний позов, то добросовісний позивач, зацікавлений в ефективному захисті, також має бути зацікавлений у тому, щоб дізнатись про неналежність запитаного ним захисту якнайшвидше, аби ініціювати належний захист. У безпредметному позові спосіб захисту не може бути забезпечений державним примусом, *навіть якщо* все, що стверджує позивач, правда, і *навіть якщо* відповідач визнає позов. Тому розгляд позову по суті не виправданий. Рішення, прийняте по суті позову, лише створюватиме колізію. Відмова у позові з мотивів неналежного способу захисту сама по собі не повинна становити процесуальної перешкоди позивачу

звернутись з належним позовом на захист свого порушеного права, адже новий позов буде з іншим предметом. Преюдиціальне значення обставин, встановлених під час такого розгляду по суті, сумнівне. Справа в тому, що преюдицію мають становити ті обставини, які належали до предмету доведення у більш ранньому процесі [32, с. 112]. Нещодавно ця позиція знайшла відображення у судовій практиці (§ 9.7 постанови Великої Палати Верховного суду від 16.11.2022 у справі № 910/6355/20). Межі предмету доведення визначає в кінцевому результаті норма права, яка пов'язує певні обставини (підстава позову) з певними наслідками (предмет позову). Якщо у праві немає такого способу захисту, про який просить позивач, то, воєввидь, немає й норми, яка б вказувала на обставини, за яких настають ті наслідки, які втілені у такому способі захисту. Отже, у безпредметному позові немає й предмету доведення, а всі «встановлені» при розгляді такого позову обставини, не відповідають вимогам які пред'являються до преюдиції.

Якщо порівнювати з іншим процесуальним інструментом, застосування якого припиняє процес без ухвалення рішення або й не дає йому розпочатись по суті, чим є закриття провадження у справі та відмова у відкритті провадження, то повернення позовної заяви (залишення позову без розгляду) має важливу перевагу: воно узгоджується з тим, що завідомо безпідставний позов також підлягає поверненню або залишенню без розгляду, однак вже із застосуванням засобів процесуального примусу у відповідь на зловживання процесуальними правами. Найголовніше, висновок про те, що позов не вартує розгляду по суті, як такий, що його суд може зробити *ex parte* на ранній стадії процесу суто на основі дослідження тверджень і вимог позивача із накладенням на них норм права, скоріше за все, не повинен мати того значення для права сторони ініціювати повторно аналогічний процес, яке має відмова у відкритті провадження або закриття вже відкритого провадження, що важливо, якщо право зміниться з часом. Водночас, на очевидні зловживання із недобросовісним повторним ініціюванням розгляду безпідставного позову суд реагуватиме наданими йому процесуальним законом заходами примусу.

3.5. Наслідки подання позову, який містить вимогу про неефективний спосіб захисту

На відміну від неналежного у вузькому сенсі способу захисту (тобто такого, який в принципі не може бути застосований, незалежно від того, чи має позивач право, яке підлягає захисту, і чи було воно порушене відповідачем), неефективний захист можна ідентифікувати лише за наслідками розгляду справи по суті, співвіднісіми його з порушенням і його наслідками.

Про неефективність не можна говорити абстрактно, безвідносно до порушення і його наслідків, а їх встановлення потребує вирішення питання факту, що можливо лише під час розгляду справи по суті. Тому звичну для вітчизняного процесу стадійність у вирішенні справи, про яку йшлося раніше в описі традиційної моделі українського процесу – «право – порушення – захист», варто залишити саме для тих випадків, коли запитаний позивачем спосіб захисту в принципі можливий. Формула вирішення питання про ефективність судовою практикою вже напрацьована: «...права захищаються у спосіб, який передбачений законом або договором, та є ефективним для захисту конкретного порушеного або оспорюваного права позивача. Якщо закон або договір не визначають такого ефективного способу захисту, суд відповідно до викладеної в позові вимоги позивача може визначити у рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. [...] Отже, розглядаючи справу суд має з'ясувати: 1) чи передбачений обраний позивачем спосіб захисту законом або договором; 2) чи передбачений законом або договором ефективний спосіб захисту порушеного права позивача; 3) чи є спосіб захисту, обраний позивачем, ефективним для

захисту його порушеного права у спірних правовідносинах. [...] Якщо суд дійде висновку, що обраний позивачем спосіб захисту не передбачений законом або договором та/або є неефективним для захисту порушеного права позивача, у цих правовідносинах позовні вимоги останнього не підлягають задоволенню. Однак, якщо обраний позивачем спосіб захисту не передбачений законом або договором, проте є ефективним та не суперечить закону, а закон або договір у свою чергу не визначають іншого ефективного способу захисту, то порушене право позивача підлягає захисту обраним ним способом» (§ § 6.5–6.7 постанови Великої Палати Верховного Суду від 19.01.2021 у справі № 916/1415/19) [24].

В такому випадку, оскільки питання про ефективність (де враховуються інтереси позивача), як і про пропорційність (де враховуються інтереси позивача, відповідача і навіть третіх осіб), підлягатимуть вирішенню судами із застосуванням оціночних категорій та значної міри дискреції, таке вузьке розуміння того, що є ефективність, дозволить залишити більшість справ, де вона оцінюється, у першій та апеляційній інстанції. Суд касаційної інстанції матиме можливість втрутитися у практику вирішення питання про ефективність та пропорційність у тих виняткових випадках, коли матиме місце зловживання дискрецією або порушення із застосуванням оціночних категорій (наприклад, розумності, добросовісності). При цьому, в таких випадках втручання суду касаційної інстанції як суду права буде виправдане лише тоді, коли він вкаже, в чому саме полягало це порушення, а не просто дійде іншого висновку з множини можливих у діапазоні, які допускає дискреція або та чи інша оціночна категорія (детальніше теми відмінностей між дискрецією та застосуванням оціночних категорій, а також допустимого втручання касаційного суду у ці питання ми торкалися у більш ранніх публікаціях [33, с. 182–183]).

3.6. Приклад безпредметного позову: «на Ви» і пошепки

Далі, для ілюстрації відмінностей описаних вище різних підходів до вирішення питання про спосіб захисту наведемо приклад, у якому позивач звертається з позовом, який, можливо, має підставу позову (позивач має відповідне право і воно, можливо, було порушене відповідачем), однак є безпредметним (позивач просить про спосіб захисту, який не існує в праві). Зрозуміло, що наведений приклад і його аналіз оздоблені іронією, однак це дозволяє чіткіше ідентифікувати відмінності у підходах, які було б складніше виявити, якби ми взили більш реальний, а тому й більш спірний приклад.

Отже, позивач звернувся з позов до сусіда для захисту свого права на повагу честі та гідності. Предмет позову: визнати право на звертання до позивача «на «Ви» і пошепки.

Підхід, який можна вважати традиційним у континентальній моделі «від підстав до предмету» і який закріплений у численній практиці Верховного Суду, зобов'язав би суд утриматись від оцінки належності обраного позивачем способу захисту, якщо такий не суперечить закону. За такого підходу, дійсно, спершу на засадах стабільності суд дійде висновку, що позивач має суб'єктивне право на повагу до честі та гідності. Наступним кроком необхідно дослідити як підставу позову обставини порушення, з'ясувати, що відповідач-сусід, дійсно, дозволяв собі привселюдні образливі висловлювання на адресу позивача. Лише на наступній стадії суд за такого консервативного підходу мав би висувати про спосіб захисту.

Ультрадиспозитивний підхід в межах традиційної моделі, який, як відомо, вітчизняний прагматичний процес не сприйняв, зобов'язав би суд утриматись від оцінки ефективності обраного позивачем способу захисту, а тест на належність обмежив би перевіркою того, чи не суперечить він закону. Він закону не суперечить. Як рішення декларативного характеру, рішення про визнання права не покладає на відповідача жодних обов'язків, щоб можна

було оцінювати пропорційність тягара від застосування такого «захисту».

Поміркований традиційний підхід зобов'язує суд *ex officio* оцінювати належність способу захисту, однак дозволяє йому це робити після встановлення існування у особи права і підтвердження його порушення. Він хоч і приведе до наслідку, який відповідає здоровому глузду і полягає у відмові у позові, однак шлях цей через свою довжину здоровому глузду не відповідає, адже формально він має пролягати через процес встановлення порушення відповідачем права на честь та гідність.

Натомість аналіз цього позову в координатах гібридної моделі дозволяє одразу висувати, що таке ремедіальне право або такий спосіб захисту як «визнання права на звертання «на «Ви» і пошепки», відсутнє в принципі. Тому позов не вартує розгляду по суті, є безпідставним у широкому сенсі, безпредметним – у вузькому.

3.7. Transit in rem iudicatam в українському праві

До цього часу наша увага була зосереджена на виявленні того, як запровадження у національне судочинство принципів ефективності захисту та диспозитивності процесу зробило вітчизняну модель застосування судами способів захисту гібридом континентальної моделі та моделі ремедіальних прав у загальному праві. Ми також зосередились на тому, які важливі зміни у процесуальних підходах слід здійснити, аби ця гібридна модель працювала.

Насамкінець варто приділити трохи уваги ще одній важливій ознаці гібридизації української моделі. Це запозичення у процесуальне законодавство окремих елементів доктрини *transit in rem iudicatam* (поглинання судовим рішенням на користь позивача матеріальних правовідносин, які становили чи могли і повинні були становити підставу позову), яка характерна саме для моделі ремедіальних прав.

Верховний Суд України 23 вересня 2015 року постановою у провадженні № 6-1206цс15 змінив практику у цивільних справах тим, що розтлумачив положення ЦК України таким чином, що наявність судового рішення про задоволення вимог кредитора, яке боржник не виконав, не припиняє правовідносин сторін кредитного договору, не звільняє боржника та поручителя від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання й не позбавляє кредитора права на отримання штрафних санкцій та процентів, передбачених умовами договору та цього Кодексу.

Такий підхід, дійсно, вкладався у на той час традиційну для України модель, де роль судового рішення зводилась до того, що воно захищає від конкретного порушення і створює можливість для примусового стягнення буквально тієї суми боргу, яку заявив позивач. На практиці це означає, що будь-які інші суми, які боржник продовжує залишатись винним кредитору, поки не сплачено весь борг, нараховуються, однак щоб їх примусово стягнути потрібен окремий позов, як це й було в інших справах, де Верховний Суд України підтвердив цей підхід (наприклад у постанові від 21.09.2016 у справі № 311/3310/14-ц [20]).

Згодом Велика Палата Верховного Суду відступила від цієї позиції і висувала: «Звернення з позовом про дострокове стягнення кредиту незалежно від способу такого стягнення змінює порядок, умови і строк дії кредитного договору. На час звернення з таким позовом вважається, що настав строк виконання договору в повному обсязі. Рішення суду про стягнення заборгованості чи звернення стягнення на заставлене майно засвідчує такі зміни. Право кредитора нараховувати передбачені договором проценти за кредитом припиняється у разі пред'явлення до позичальника вимог згідно з частиною другою статті 1050 ЦК України. Якщо за рішенням про звернення стягнення на предмет застави заборгованість за кредитним договором указана в такому рішенні у повному обсязі, кредитор має право на отримання гарантій належного виконання зобов'язання відповідно до частини другої статті 625 ЦК України, а не у вигляді стягнення процентів» [23].

Далі Верховний Суд у своїй практиці деталізував цей висновок, вказавши на процесуальний механізм захисту права кредитора на подальші нарахування: «Право кредитора нараховувати передбачені договором проценти за кредитом припиняється, кредитор має право на отримання гарантій належного виконання зобов'язання відповідно до частини другої статті 625 ЦК, а не у вигляді стягнення процентів та неустойки. *Проте такі вимоги не заявлялися*» [29]. Тобто, хоча за практикою Суду у таких випадках відбувається «заміна» договірних відносин на охоронні, ці правовідносини – все ще самостійні від судового рішення матеріальні правовідносини. Судове рішення їх не змінює, а лише захищає порушене право кредитора, знову ж таки, лише стягненням буквально тієї суми, яку обґрунтовано заявив позивач. Якщо вона не сплачена за судовим рішенням, кредитор зберігає право на наступні нарахування, однак їх теж потрібно стягувати окремо.

Отже, практика в цьому аспекті залишається у межах традиційної моделі, яка, як видно, не дуже ефективна.

Однак законодавець, опікуючись ефективністю судового захисту, похитнув фундамент цієї моделі.

У частині десятій статті 238 ГПК України та частинах десятій і одинадцятій статті 265 ЦПК України викладено ідентичні норми про те, що суд, приймаючи рішення про стягнення боргу, на який нараховуються відсотки або пеня, може зазначити в рішенні про нарахування відповідних відсотків або пені до моменту виконання рішення з урахуванням приписів законодавства України, що регулюють таке нарахування. Остаточна сума відсотків (пені) у такому випадку розраховується за правилами, визначеними у рішенні суду, органом (особою), що здійснює примусове виконання рішення суду.

Діапазон тлумачення цих норм такий, що за умови їх застосування можна стверджувати, що відбувається *transit in rem judicatam* у класичному форматі, коли договірні чи охоронні відносини, які існували до звернення до суду, трансформуються у відносини за судовим рішенням; або ж, принаймні, що хоча судові рішення і не змінює відносини, однак надалі обсяг зобов'язання стає чітко окресленим цим судовим рішенням і повністю ним охоплюється (гібридна модель). Адже в умовах застосування судом цієї норми і, наприклад, визначення розміру відсотків або пені, наступні зміни до договору, якщо б такі були внесені сторонами, навряд чи самі по собі змінюють розмір відсотків чи пені, які підлягатимуть стягненню. В тому чи іншому обсязі *transit in rem judicatam* все ж відбувається, однак втиснути це у традиційну модель без створення штучних суперечностей, навряд чи вдасться.

На практиці реалізація цих процесуальних норм із визнанням судовою практикою *transit in rem judicatam*, тобто того, що обов'язок зі сплати боргу з нарахуваннями за договором поглинутий обов'язком сплачувати за судовим рішенням (а відповідно й право кредитора за договором трансформоване у вторинне право за судовим рішенням) дозволить досягнути низку позитивних результатів: 1) стимулювання боржника до виконання рішення; 2) визначеність для сторін, перш за все для боржника, стосовно розміру боргу і нарахувань та усунення ситуацій, у яких поки боржник розраховується за судовим рішенням, формується новий обсяг боргу, який кредитор обліковує окремо і в майбутньому заявить; 4) процесуальна економія, оскільки усуваються наступні позови кредитора, які можуть бути спричинені затримкою погашення боргу; 5) підвищення оборотоздатності прав вимоги із забезпеченням інтересу боржника на юридичну визначеність

у таких умовах (згортання практики «розщеплення» вимог, коли поряд з відчуженими новому кредитору вимогами, стягнутими за судовим рішенням, попередній кредитор вважає за правомірне вимагати від боржника сплати йому додаткових коштів, не охоплених судовим рішенням на момент відчуження права вимоги), а також інтересів кредиторів у цих відносинах з огляду на більшу ясність у питанні обсягу прав вимоги, які переходять до нового кредитора.

Варто відзначити, що в цьому конкретному аспекті гібридизація моделі способів захисту не є процесом, який має місце лише в Україні. Він спостерігається навіть у правових системах, які становлять ядро континентальної традиції. Так, хоча у французькій судовій практиці також тривалий час підтримувався підхід, за якого рішення суду не створює нове право, а всього лише надає юридичної визначеності існуючим правовідносинам, у сучасній доктрині визнається, що судові рішення все ж має цей прелюзивний ефект поглинання прав [12, с. 551].

Висновки. Підняті судовою практикою проблеми застосування судами способів захисту, їх величезний масив, необхідність узгодити підходи до застосування способів захисту прав у приватноправових і публічно-правових відносинах вказує на оформлення в українському праві комплексного інституту права способів захисту або ремедіального права.

Проведене дослідження процесуальних аспектів застосування судами способів захисту прав у різних системах координат (традиційної континентальної моделі судового захисту прав і притаманної загальному праву моделі ремедіальних прав) дозволив виявити маркери того, що українська модель набула ознак гібридної під впливом запровадження принципів ефективності судового захисту та диспозитивності процесу. Ознаками того, що підходи українського судочинства до вирішення питання про застосування способів захисту оформились у гібридну модель, яка більше не вкладається у традиційну для континентальних систем модель «від підстав до предмету», є те, що суди часто відмовляють у задоволенні позову з мотивів неналежного способу захисту паралельно з висновками про відсутність порушення права або й без такого висновку, тобто беруться вирішувати питання про спосіб захисту абстрактно, без зв'язку з конкретним порушенням права. В координатах ремедіальних прав це означає вирішення питання про те, чи існує таке ремедіальне право, перш ніж вирішувати питання, чи може позивач на нього розраховувати. Другим проявом гібридного характеру моделі є закладення у процесуальне законодавство елементів *transit in rem judicatam*, тобто поглинання судовим рішенням на користь позивача його прав, стосовно яких виник спір. Поки що це лише окремих прояв, з яким традиційна судова практика не узгоджена.

Судочинство для свого ефективного здійснення потребує розмежування понять належності та ефективності стосовно способів захисту, а також виокремлення в межах категорії безпідставного позову, яка є у процесуальних галузях права, підкатегорії безпредметного позову, тобто позову з вимогою про застосування способу захисту, який в принципі не може бути санкціонований державою.

Дослідження дозволило зробити також практичні висновки, зокрема про те, що розгляд безпредметного позову повинен завершуватись на більш ранній стадії, ніж розгляд справи по суті з прийняттям рішення, а саме шляхом повернення позовної заяви або залишення без розгляду такого позову.

ЛІТЕРАТУРА

1. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, adopted by the Stockholm Chamber of Commerce and in force as of 1 January 2017. URL: https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/arbitrationrules_eng_2020.pdf (дата звернення: 27.11.2022).
2. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre. SIAC Rules 6th Edition, 1 August 2016. URL: <https://siac.org.sg/siac-rules-2016> (дата звернення: 27.11.2022).

3. Brando N., Morales-Gálvez S. The Right to Secession: Remedial or Primary? *Ethnopolitics*. 2019. Vol. 18, Issue 2. 107–118. DOI: 10.1080/17449057.2018.1498656.
4. CJC Low Value PI Working Group Report. Civil Justice Council, 2020. 67 p. URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/20201218-FINAL-CJC-Low-Value-PI-Working-Group-Report.pdf> (дата звернення: 27.11.2022).
5. Common minimum standards of civil procedure. European Added Value Assessment. Annex I. Research paper by Blomeyer & Sanz: M. Tulibacka, M. Sanz, R. Blomeyer. European Union, Parliament Research Service, 2016. 111 p. DOI: 10.2861/055174.
6. De Brabandere E. The ICSID Rule on Early Dismissal of Unmeritorious Investment Treaty Claims: Preserving the Integrity of ICSID Arbitration. *Manchester Journal of International Economic Law*. 2012. Vol. 9, Issue 1. P. 23–44.
7. ELI – UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, in European Law Institute, and UNIDROIT (eds), ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure. Oxford, 2021. URL: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198866589.005.0001> (дата звернення: 27.11.2022).
8. Gaboardi M., Cavallini C. Rights vs. Remedies: Towards a Global Model. *UC Davis Journal of International Law and Policy*. 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=4114296> (дата звернення: 27.11.2022).
9. Gambol A. The Twombly/Iqbal plausibility pleading standard and affirmative defenses: geese and ganders ten years later. *Pace Law Review*. 2020. Vol. 41. P. 193–233.
10. Garner B. A., editor in chief. *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2009. 1920 p.
11. Hedley S. Is 'remedies' a subject? *Research Handbook on Remedies in Private Law*. Edited by R. Halson, D. Campbell. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019. P. 2–16. DOI: 10.4337/9781786431271.
12. Herzog P. E., Weser M. Civil Procedure in France. Columbia University, Springer, 2014. 708 p.
13. Nelson C. "Standing" and remedial rights in administrative law. *Virginia Law Review*. 2019. Vol. 105, No. 4. P. 703–803.
14. O'Callaghan P. Reversing 'Ubi Remedium Ibi Jus' in the Common Law: The Right of Privacy. *European Review of Private Law*. 2007. Vol. 15, Issue 5. P. 659–683. DOI: 10.54648/erpl2007035.
15. Seryavin and Others v. Ukraine (Application no. 4909/04). European Court of Human Rights, judgment of 10 February 2011. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus/?i=001-103279> (дата звернення: 27.11.2022).
16. Smith S. A. *Injustices, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. 368 p.
17. Tracy T. A. Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process. *San Diego Law Review*. 2004. Vol. 41. P. 1633–1645.
18. Winterton D., Pilkington T. Examining the Structure of Remedial Law. *Modern Law Review*. 2021. Vol. 84. P. 1137. DOI: 10.1111/1468-2230.12649
19. Верховний Суд України. Постанова від 01.06.2016, справа № 920/1771/14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/58636086> (дата звернення: 27.11.2022).
20. Верховний Суд України. Постанова від 21.09.2016, справа № 311/3310/14-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/62192046> (дата звернення: 27.11.2022).
21. Верховний Суд, Велика Палата, справа № 199/8324/19, окрема думка судді І. В. Ткача до постанови від 13.07.2022. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106264706> (дата звернення: 27.11.2022).
22. Верховний Суд, Велика Палата, справа № 199/8324/19, окрема думка судді К. М. Пількова до постанови від 13.07.2022. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105775036> (дата звернення: 27.11.2022).
23. Верховний Суд, Велика Палата. Постанова від 04.07.2018 року, справа № 310/11534/13-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75287282> (дата звернення: 27.11.2022).
24. Верховний Суд, Велика Палата. Постанова від 19.01.2021, справа № 916/1415/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94803669> (дата звернення: 27.11.2022).
25. Верховний Суд, Касаційний господарський суд (об'єднана палата). Постанова від 18.09.2020, справа № 916/1423/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91973220> (дата звернення: 27.11.2022).
26. Верховний Суд, Касаційний господарський суд (об'єднана палата). Постанова від 14.06.2019, справа № 910/6642/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82528289> (дата звернення: 27.11.2022).
27. Верховний Суд, Касаційний господарський суд. Постанова від 22.11.2018, справа № 924/478/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78026057> (дата звернення: 27.11.2022).
28. Верховний Суд, Касаційний господарський суд. Постанова від 26.10.2022, справа № 910/406/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107249364> (дата звернення: 27.11.2022).
29. Верховний Суд, Касаційний цивільний суд, постанова від 12.09.2018, справа № 404/476/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76536319> (дата звернення: 27.11.2022).
30. Висновок No 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень. URL: https://court.gov.ua/userfiles/vsn_11_2008.pdf (дата звернення: 27.11.2022).
31. Козловська Л. Захист спадкових прав судом у окремому провадженні. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 4. С. 74–83.
32. Пільков К. М. Умови обов'язковості для господарського суду фактів, встановлених в іншій справі. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 11. С. 106–116. DOI: 10.32849/2663-5313/2019.11.17.
33. Пільков К. Питання факту та права: фундаментальне і прикладне розмежування обставин справи, їх юридичної кваліфікації і застосування права. *Право України*. 2020. № 8. С. 144–194. DOI: 10.33498/loou-2020-08-144
34. Пільков К. Проблеми ефективності способів правового захисту в суді та арбітражі. Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності: збірник наукових праць / За заг. ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. К., 2021. С. 129–170.
35. Подцерковний О. Потреба в адаптації та наближенні до практики новел проекту Господарського процесуального кодексу України. *Право України*. 2017. № 9. С. 35–44.
36. Ромовська З. В. Защита в советском семейном праве. Львов, Издательство при ЛГУ, издательское объединение «Вища школа», 1985. С. 13.
37. Садовська О. В. Ефективні засоби правового захисту в контексті Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод: теоретичне розуміння та емпіричне застосування. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки*. 2007. Том 20 (59). № 1. С. 195–202.
38. Севостьянова Н. І. Анексія Криму та міжнародне право. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип. 56. С. 114–122.
39. Серебрякова Ю. Повноваження суду відповідно до проекту Господарського процесуального кодексу України. *Право України*. 2017. № 9. С. 94–100.
40. Серавін та інші проти України, заява № 4909/04. Європейський суд з прав людини, рішення від 10.02.2011 (офіційний переклад). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_672#Text (дата звернення: 27.11.2022).
41. Цимбала І. З. Загальнотеоретична характеристика понять форми та способів захисту права на працю у трудових правовідносинах. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Випуск 2. С. 123–130.
42. Шуμιло М. М. Процесуально-захисні правовідносини як механізм юрисдикційного захисту права на пенсію: теоретичні питання. *Судова апеляція*. 2015. № 3 (40). С. 141–149.