



тема:

НААУ та Міжнародна комісія юристів розпочнуть співпрацю щодо захисту професійних прав адвокатів в Україні

с. 5

NextGen — проект, що об'єднує спільноту молодих адвокатів

с. 7

Огляд ключових рішень РАУ від 1-2 червня та 25 липня 2018 року

с. 10

Дотримання принципу неприпустимості конфлікту інтересів як наріжний камінь правил адвокатської етики

с. 14



ЗМІСТ

Новини та події

Ситуація з правами адвокатів в Україні може стати предметом вивчення у Раді ООН з прав людини	3
Представники НААУ відвідали Асоціацію присяжних адвокатів Латвії	4
НААУ та МКЮ розпочнуть співпрацю щодо захисту професійних прав адвокатів в Україні	5
Представники НААУ взяли участь у конференції програми HELP....	5
Делегація адвокатів та працівників системи БПД здійснила візит до Шотландії.....	6
NextGen — проект, що об'єднує спільноту молодих адвокатів.....	7
Відбулося екстрене засідання Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності	9

Рішення органів адвокатського самоврядування

Огляд ключових рішень РАУ від 1-2 червня 2018 року.....	10
Огляд ключових рішень РАУ від 25 липня 2018 року	13

Адвокатська діяльність

<i>А. Сітніков</i>	
Дотримання принципу неприпустимості конфлікту інтересів як наріжний камінь правил адвокатської етики.....	14

Цікава тема

<i>О. Родіонова</i>	
Авансовий внесок у виконавчому провадженні	20

Цивільні справи

<i>Д. Харко</i>	
Захист честі, гідності та ділової репутації публічної особи у рішеннях ЄСПЛ.....	22
<i>О. Печений</i>	
Питання спадкового правонаступництва у корпоративних відносинах: прикладний аспект	25
<i>О. Розгон</i>	
Визначення місця проживання дитини: проблеми теорії та практики	33
<i>І. Мулява</i>	
Встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України	46

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Ізовітова Л. П.

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Гвоздів В. А.

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Кухар О. І.

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Дроздов О. М.

Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

Крупнова Л. В.

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

Місяць А. П.

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

Болдін М. Я.

Голова Вищої ревізійної комісії адвокатури

Офіційний бюлетень Національної асоціації адвокатів України

Реєстраційне свідоцтво
серія KB № 20370-10170 Р від 19.11.13 р.

Засновник

Національна асоціація адвокатів України

Юридична та фактична адреса засновника:

04070, м. Київ, вул. Борисоглібська, 3,
поверх 2

Секретаріат НААУ

(044) 392-73-71
факс: (044) 392-73-70
E-mail: info@unba.org.ua
www.unba.org.ua

Партнери НААУ



rwс





Кримінальні справи

З. Чуприна

Нюанси незаконного поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами: особливості притягнення до кримінальної відповідальності..... 49

Господарські справи

О. Мартиновський

Верховенство права, процесуальна пропорційність та рівність учасників процесу перед законом та судом як основні засади обов'язкового постановлення господарським судом письмових ухвал, які не передбачені статтею 255 ГПК України..... 52

Податкове законодавство

Л. Бєлкін

Функціонування пайових інвестиційних фондів: податкові ризики пільгового оподаткування 58

Земельне законодавство

К. Рибалко, А. Алексенко

Касаційний «погляд» Верховного Суду на вирішення земельних спорів: огляд окремих постанов 61

Практика ЄСПЛ

О. Дроздов, О. Дроздова

Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ протягом березня — червня 2018 року 68

Судова практика

Огляд судової практики Верховного Суду 81

Міжнародний досвід

В. Власюк

Адвокати України & ООН & міжнародне право 86

Ю. Корнберг, А. Неуров

Інститут адвокатури Держави Ізраїль 88

Історія адвокатури

Ю. Древицький, І. Василик

Володимир Старосольський — адвокат політичних прав українців (до 140-річчя від Дня народження) 93

Головний редактор

Ізовітова Л. П.

Редактор

Ковтун М. С.

Загальний дизайн

Гладченко Ю. О.

Відповідальний випускаючий

Олійник Е. М.

Реєстраційне свідоцтво:

серія KB № 20370-10170P

Видавець

ТОВ «Видавничий будинок «Фактор»

Редакція:

вул. Сумська, 106а,
м. Харків, 61002, Україна
тел.: (057) 76-500-76
e-mail: mskovtyn@gmail.com
www.id.factor.ua

Віддруковано

згідно з наданим
оригінал-макетом
у друкарні «Фактор-Друк»,
вул. Саратовська, 51,
м. Харків, 61030, Україна
тел.: (057) 717-53-55

Номер замовлення

6560

Загальний тираж видання

4300 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу

раз на місяць

Дата виходу

13.08.2018 р.

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор», 2018.

Усі права на публікації захищені. Відтворення та поширення (розповсюдження) у будь-який спосіб творів (окремих частин творів), розміщених у бюлетені «Вісник Національної асоціації адвокатів України», допускається лише за дозволом Національної асоціації адвокатів України. При відтворенні матеріалів, що містяться у бюлетені «Вісник Національної асоціації адвокатів України», посилання на видання і вказівка імені (псевдоніма) автора твору обов'язкові.



СИТУАЦІЯ З ПРАВАМИ АДВОКАТІВ В УКРАЇНІ МОЖЕ СТАТИ ПРЕДМЕТОМ ВИВЧЕННЯ У РАДІ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ

У ході роботи 38-ї сесії Ради ООН з прав людини 26-27 червня 2018 року у м. Женеві відбулася зустріч делегації НААУ із **представником відділу спеціальних процедур офісу Верховного комісара ООН з прав людини Стефано Сенсі**.

Українську адвокатуру під час зустрічі представили: голова Комітету захисту прав та гарантій адвокатської діяльності при НААУ **Ганна Боряк**, заступник голови Комітету з міжнародних зв'язків **Віталій Власюк**, керівник Секретаріату НААУ **Вадим Красник**, голова КДКА м. Києва **Ігор Орлов**, члени Комітету захисту прав адвокатів **Олег Гарник** та **Юрій Григоренко**, адвокати **Ольга Просянюк** та **Ярослав Романенко**.

Під час зустрічі йшлося про погіршення ситуації із дотриманням прав адвокатів в Україні; було названо конкретні випадки вбивств адвокатів через їх професійну діяльність, які не розслідуються, та наведено задокументовані факти тиску, залякування, перешкоджання професійній діяльності всупереч закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та інших положень національного законодавства.

Ганна Боряк та **Віталій Власюк** наголосили на тому, що в такій ситуації під ризиком перебувають не тільки професійні права адвокатів, але насамперед фундаментальні права людини і громадянина.

Темою розмови також стали спроби обмежити систему адвокатського самоврядування в Україні шляхом прийняття не погодженого з адвокатурою проекту змін до профільного закону.

Стефано Сенсі погодився прибути до України для детальнішого вивчення ситуації. Крім цього, він запропонував підготувати та направити до Ради ООН з прав людини відповідні матеріали для їх попереднього вивчення і направлення Уряду України з метою отримання відповідних пояснень.

Також, у м. Женеві було проведено **спеціальне засідання щодо ситуації з дотриманням прав адвокатів в Україні, Казахстані та Азербайджані**. На запрошення співорганізаторів заходу, Міжнародної асоціації



адвокатів та Міжнародної комісії юристів можливість виступити отримали й представники НААУ.

Адвокати **Юрій Григоренко**, **Ольга Просянюк** та **Олег Гарник** розповіли про непросту ситуацію з дотриманням прав адвокатів в Україні та навели чисельні негативні приклади: вбивства колег через їх діяльність, тиск, залякування, насильство та інші грубі порушення не тільки професійних прав адвоката, але й фундаментальних прав людини. Учасники заходу рішуче засудили такі випадки та домовилися про подальшу співпрацю, у тому числі щодо направлення до України моніторингової місії.

Делегація НААУ представила ключові види порушень прав адвокатів в Україні з конкретними прикладами.

За наслідками участі делегації від Української адвокатури було досягнуто домовленість про поглиблення співпраці з Радою ООН з прав людини та її підпорядкованими інституціями в галузі захисту незалежності адвокатської професії, а також вивчення ситуації щодо порушення професійних прав адвокатів. Для цього була обговорена готовність направлення до України спеціального доповідаючого ООН з питань незалежності адвокатів та суддів.

«Безперечно, це нова сторінка і новий напрям у захисті адвокатських прав та гарантій. Це той



випадок, коли НААУ, крім процесуальних та інформаційних, має змогу застосовувати ще й міжнародно-правові та дипломатичні заходи впливу на виконавчу владу в Україні», — констатував Юрій Григоренко.

Повну версію презентації НААУ про порушення прав адвокатів в Україні можна знайти за посиланням: URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/f12424f4fd32b196a211_file.pdf

ПРЕДСТАВНИКИ НААУ ВІДВІДАЛИ АСОЦІАЦІЮ ПРИСЯЖНИХ АДВОКАТІВ ЛАТВІЇ

16 липня 2018 року відбулася зустріч представників НААУ з керівництвом асоціації присяжних адвокатів Латвії. Від НААУ представниками були секретар Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ Юрій Григоренко та член Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ, член Вищої ревізійної комісії адвокатури Богдан Єгоров.

Латвійську адвокатуру представили Президент асоціації Яніс Розенбергс та віце-президент Гуна Камінська.

У ході зустрічі йшлося про спільні проблеми адвокатур двох держав та про виклики, що постають щодо незалежності адвокатської спільноти.

Зазначену зустріч було організовано спільно з Комітетом захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності та Комітетом з міжнародних зв'язків при НААУ за сприяння Голови НААУ, РАУ Лідії Ізовітової.

Представники адвокатури Латвії розповіли про спроби державної влади Латвії визнати посадових осіб органів адвокатського самоврядування службовими особами, прирівняти їх до державних службовців та зобов'язати подавати щорічно декларації про майновий стан. Такий стан речей, на думку латвійських колег, є втручанням у самоврядність адвокатури.

Окрім цього, вони розповіли про випадки прослуховування органами сторони обвинувачення приватного спілкування адвоката з клієнтом в кабінетах слідчого ізолятора. За втручання асоціації особисто Генеральний прокурор Латвії визнав зазначені докази недопустимими.

У свою чергу, українська сторона повідомила про випадки вбивств адвокатів, знищення їх майна, а також



впливу на їх правову позицію шляхом кримінального переслідування, яке пов'язане з їх професійною діяльністю. Окрім цього, згадувалися спроби зміни законодавства України, що регулює адвокатську діяльність, без залучення до їх обговорення адвокатської спільноти.

Учасники зустрічі визнали зазначені випадки неприйнятними і недопустимими.

Представники адвокатури Латвії висловили свою безумовну підтримку адвокатській спільноті України щодо захисту професійних прав та гарантій у міжнародних інституціях, таких, як ПАРЕ, Європарламент, ООН.

Члени Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ запросили керівництво латвійської адвокатури до Києва із зустрічним візитом, а також до об'єднання зусиль для створення міжнародного механізму захисту адвокатських прав та гарантій незалежності адвокатської діяльності.



НААУ ТА МКЮ РОЗПОЧНУТЬ СПІВПРАЦЮ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРОФЕСІЙНИХ ПРАВ АДВОКАТІВ В УКРАЇНІ



26 червня 2018 року в м. Женеві (Швейцарія) відбулася зустріч делегації НААУ з керівництвом програми по Європі та СНД **Міжнародної комісії юристів**.

До складу делегації НААУ увійшли: **Ганна Боряк** — голова Комітету захисту прав адвокатів та адвокатської діяльності при НААУ; **Олег Гарник** — член Комітету захисту прав адвокатів та адвокатської діяльності при НААУ; **Юрій Григоренко** — адвокат, член Комітету захисту прав адвокатів та адвокатської діяльності при НААУ; **Віталій Власюк** — заступник голови Комітету з міжнародних зв'язків НААУ; **Ольга Просянюк** — адвокат, громадський діяч; **Вадим Красник** — голова секретаріату НААУ; **Ярослав Романенко** — представник НААУ щодо налагодження зв'язків профспілок; **Ігор Орлов** — голова Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії м. Києва.

Цією зустріччю покладено початок тісній співпраці щодо питань боротьби з порушенням професійних прав адвокатів та гарантій незалежності адвокатської професії. У ході зустрічі та проведених переговорів представники дійшли до спільної позиції і погодили наміри щодо підписання Меморандуму про співробітництво у сфері захисту професійних прав адвокатів в Україні. Також домовилися врегулювати порядок оперативного обміну інформацією стосовно конкретних фактів порушення адвокатських прав і гарантій. Представники міжнародної комісії юристів висловили бажання і готовність направити до України моніторингову місію з метою вивчення ситуації щодо порушення професійних прав адвокатів в Україні для підготовки комплексного звіту.

Міжнародна комісія юристів — недержавна організація, що працює у сфері міжнародного права прав людини та міжнародних стандартів системи правосуддя. Комісія є постійно діючою групою із 60 відомих юристів (суддів та адвокатів) з різних країн, у тому числі представників вищих органів судової влади в багатьох країнах світу. Комісія має національні секції та філіали у більш ніж 80 країнах. Враховуючи правову направленість комісії, членами її підрозділів, в основному, є ті, хто має стосунок до цієї професії: юристи, судді, вчені, спеціалісти у сфері національного та міжнародного права.

ПРЕДСТАВНИКИ НААУ ВЗЯЛИ УЧАСТЬ У КОНФЕРЕНЦІЇ ПРОГРАМИ HELP

У Страсбургу 21-22 червня 2018 року в межах Європейської програми навчання у сфері прав людини для представників юридичних професій **HELP** відбулася конференція «Якісна підготовка для якісних рішень». Від НААУ у конференції взя-

ли участь **керівник Секретаріату НААУ Вадим Красник** та **Олена Сібільова, координатор Програми Ради Європи HELP в Україні від адвокатури**. Серед українських учасників конференції були також представники Національної школи суддів,



Координаційного центру БПД, Національної академії прокуратури.

Метою конференції було обговорення шляхів покращення результатів навчання та конкретних дій щодо впровадження на національному рівні Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також шляхів покращення ефективності співпраці між усіма національними та міжнародними інституціями, залученими до процесу підготовки суддів, прокурорів та адвокатів.

Перший день конференції було присвячено розгляду питань щодо нових викликів, які стоять перед ЄСПЛ, презентації та обговоренню нових курсів Програми HELP, які можуть бути використані у навчанні: основні права людини у біомедицині, курс із питань прав дітей-біженців та дітей-мігрантів, з питань ювенальної юстиції, курс із питань захисту прав людей з обмеженими можливостями, з питань протидії торгівлі людьми, курс із питань міжнародного співробітництва у кримінальних справах та інші, що будуть запроваджені на платформі у 2018 році.

Другого дня конференції учасникам презентовано нові напрями роботи Програми: розробка курсу



з прав людини у сфері спорту, курс по захисту прав внутрішньо переміщених осіб.

Також учасники конференції у групах опрацювали можливість використання ресурсів платформи HELP в освітніх програмах у вищій школі, університетах, при підготовці магістрів, аспірантів, докторів філософії-юристів, а також можливість упровадження в освітніх програмах інших спеціальностей (медиків, журналістів тощо). Серед іншого, обговорювалися заходи впливу тренінгів по курсам HELP на застосування європейських стандартів та практики ЄСПЛ у національній практиці.

ДЕЛЕГАЦІЯ АДВОКАТІВ ТА ПРАЦІВНИКІВ СИСТЕМИ БПД ЗДІЙСНИЛА ВІЗИТ ДО ШОТЛАНДІЇ



Керівник Секретаріату НААУ Вадим Красник взяв участь у навчальному візиті до Шотландії, організованому проектом Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», що впроваджується за фінансового сприяння уряду Данії.

У ході візиту представники системи безоплатної правової допомоги, Української фундації правової допомоги та НААУ ознайомилися із особливостями надання БПД у Шотландії, оцінюванням якості правової допомоги в системі кримінального правосуддя, організацією інституту адвокатури.

Особливістю шотландської системи є механізм реєр review (оцінювання рівним) роботи юристів, до якого залучені відібрані на конкурсних засадах адвокати-оцінювачі, комісії із забезпечення якості (утворені спільно органами адвокатського самоврядування, БПД та представниками громадянського суспільства). Реєр review гармонійно взаємодіє з іншими елементами системи управління якістю: адвокатами-наставниками (найкращі з оцінювачів, які допомагають тим колегам, що не зовсім «успішно» пройшли реєр review), тренінго-



вими програмами з підвищення кваліфікації (для колег, які не мали успіху за результатами peer review).

Протягом кількарічного циклу оцінювачами вибірково вивчаються досьє (від 5 до 8 досьє) усіх юристів,

що надають безоплатну правову допомогу, за результатами чого складаються звіти, ставляться оцінки (1, 2 — не пройшов, 3 і вище — пройшов). Кожен звіт переглядається комісією із забезпечення якості.

NEXTGEN — ПРОЕКТ, ЩО ОБ'ЄДНУЄ СПІЛЬНОТУ МОЛОДИХ АДВОКАТІВ

NextGen — відкритий проект, який об'єднує спільноту молодих адвокатів довкола цілей професійного зростання та посилення впливу нового покоління на розвиток адвокатури.

2 червня 2018 року на засіданні РАУ було презентовано новий Комітет НААУ — UNBA NextGen, який, як і інші комітети НААУ, має статус консультативно-дорадчого органу при НААУ. Діяльність Комітету буде направлена на інтеграцію молодих адвокатів (віком до 35 років) і стосуватиметься навчання бізнес-стратегії, підвищення кваліфікації у межах курсів Executive education та проекту наставництва, відкриття можливостей для участі молодих адвокатів у роботі органів адвокатського самоврядування, проведення заходів формального та неформального характеру, розширення міжнародних зв'язків.

РАУ також внесла зміни до Партнерської програми НААУ на 2018 рік, додавши до неї статуси партнера заходу UNBA NextGen та партнера власне самого проекту.

До Ради NextGen увійшли 10 молодих адвокатів. 8 членів Ради призначені терміном на 1 поточний рік Головою НААУ, РАУ за поданням голови Комітету. Голова NextGen Владислав Білоцький та його заступник Катерина Ковалевська увійшли до Ради Комітету за посадою.

Повний склад Ради з короткими презентаціями кожного з членів команди NextGen:

Сергій Барбашин — адвокат, керуючий партнер Trustme Law Firm. Спеціалізується у сфері права інтелектуальної власності та вирішенні судових спорів. У сфері інтелектуальної власності займається реєстраціями об'єктів, оскарженням неправомірних відмов у реєстраціях, а також здійснює розробку ліцензійних договорів, створення та підтримання портфелів інте-



лектуальної власності підприємств. Активна участь у вирішенні судових справ ґрунтується на досвіді у сфері господарського, корпоративного та податкового права, здобутому в ході юридичного супроводження бізнесу в Україні та поза її межами (IT, консалтинг, виробничі компанії тощо).

Таїсія Білоцька — адвокат, партнер адвокатського об'єднання Berylstone. Практикує в юриспруденції понад 8 років, отримала свідоцтво на право зайняття адвокатською діяльністю у 2017 році. Протягом 2010 — 2013 рр. брала активну участь в імплементації європейського законодавства. На сьогодні в АО Berylstone здійснює захист приватних клієнтів та врегулювання конфліктів, а також спеціалізується у практиці трудового права.

Владислав Білоцький — адвокат, керуючий партнер адвокатського об'єднання Berylstone, є одним із найкращих фахівців у праві інтелектуальної власності. Входить до складу Ради адвокатів м. Києва, Комітету з міжнародних зв'язків при НААУ, очолює представництво НААУ в Мексиці. Успішно практикує понад 10 років, у 2009 році отримав статус адвоката Berylstone, у 2018 році було номіновано на «Відкриття



року» за версією спеціалізованого видання «Юридична практика».

Віталій Власюк — адвокат, керуючий партнер юридичної фірми ePravo та адвокатського об'єднання Twin Lawyers, кандидат юридичних наук, викладач з міжнародного права та права Ради Європи. Заступник голови Комітету з міжнародних зв'язків при НААУ та голова Комітету з міжнародного права Асоціації адвокатів. Має досвід державної служби, представляв Україну в справах «Юлія Тимошенко проти України» та «Олександр Волков проти України» у ЄСПЛ. Засновник та голова ГО «Асоціація з пошуку та повернення активів» (ГО «АППА»), входить до Громадської ради при Національному агентстві з питань розшуку, виявлення та управління корупційними активами (АРМА). Автор монографій, підручників та багатьох публіцистичних і наукових статей.

Іван Гречківський — адвокат, керівник адвокатського бюро Гречківського. Спеціалізується на корпоративному праві та вирішенні спорів, бере участь у представництві іноземних та українських клієнтів в господарських та адміністративних спорах. Активно залучений до розвитку адвокатського самоврядування та міжнародних контактів української адвокатури. З 2016 року очолює Комітет з міжнародних зв'язків при НААУ. За посадою є членом Ради правління Міжнародної асоціації юристів (IBA) та представником української адвокатури при Раді адвокатських та правничих товариств Європи (CCBE). Як представник НААУ входить до Ради правління Міжнародної асоціації юристів (IBA).

Юрій Григоренко — адвокат, арбітражний керуючий. Активно залучений до діяльності адвокатського самоврядування та захисту прав адвокатів. Секретар Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ, спікер Комітету захисту професійних прав адвокатів та реалізації гарантій адвокатської діяльності Ради адвокатів Одеської області, член комітету АПУ з конкурсного права, член Комітету господарського права і процесу Ради адвокатів Одеської області. За період 2016 — 2017 рр. багаторазово відзначався почесними грамотами НААУ, ОБСЄ, Ради адвокатів Одеської області, ГТУ юстиції в Одеській області, у 2017 році Міністерством юстиції України визнаний кращим молодим адвокатом України.

Олег Клим'юк — адвокат, адвокатське бюро Гречківського, закінчив факультет міжнародних відносин

Інституту міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка за спеціальністю «Міжнародне право», має статус сертифікованого перекладача англійської мови. Активно залучений до розвитку міжнародних контактів української адвокатури, є секретарем Комітету з міжнародних зв'язків при НААУ. З 2016 року — менеджер команд українських адвокатів на чемпіонатах з футболу MundiAvocat та EuroLawyer. У 2008 — 2009 рр. за програмою обміну вивчав китайську мову в Тяньцзинському політехнічному університеті м. Тяньцзинь, КНР. Під час навчання брав участь у правознавчих конкурсах, серед яких став фіналістом Leavitt Institute Jury Trial Competition, отримав Почесну грамоту Association For Organization and Promotion of Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. З 1 вересня 2013 року — помічник Почесного консула Республіки Мальта в м. Києві.

Катерина Ковалевська — адвокат, керуючий партнер адвокатського бюро «Катерини Ковалевської». Має п'ятнадцятирічний досвід у сфері захисту бізнесу, вирішення спорів у судовому порядку, з яких останні 10 років надає правову допомогу юридичним особам та власникам бізнесу як адвокат. Є знаним експертом у галузі сімейного права. Почесний член Союзу юристів України, входить до складу Ревізійної комісії останнього. Випускник всеукраїнської програми професійного розвитку для адвокатів «Адвокат майбутнього». Має низку відзнак та нагород від професійних громадських організацій.

Олена Мироненко-Шульган — адвокат, керуючий партнер адвокатського об'єднання DÉFENSE, закінчила юридичний факультет КНУ імені Тараса Шевченка. Практикує в юриспруденції понад 9 років, працювала в адвокатських об'єднаннях та в іноземній компанії — світовому лідері з роздрібною торгівлі. З 2015 року активно бере участь в адвокатському самоврядуванні. На сьогодні спеціалізується в галузі міграційного, міжнародного комерційного, цивільного та господарського права.

Наталія Неупокоева — адвокат, отримала свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю (2009 р.), спеціалізується у сфері кримінального та сімейного права. У 2015 році стала учасником тренінгу в Європейському суді по правах людини, м. Страсбург, Франція. Загальний стаж у галузі права становить 13 років. Має досвід роботи в суді загальної юрисдикції, фінансовій установі.



ВІДБУЛОСЯ ЕКСТРЕНЕ ЗАСІДАННЯ КОМІТЕТУ ЗАХИСТУ ПРАВ АДВОКАТІВ ТА ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

17 липня 2018 року відбулося екстрене засідання Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності. У ході засідання було обговорено питання стосовно розповсюджених народним депутатом України І. Мосійчуком у соціальних мережах публікацій, що можуть містити заклики до силового втручання та зриву планової роботи органів адвокатського самоврядування міста Києва. Було ініційовано направлення звернень до правоохоронних органів з метою забезпечення громадського порядку при реалізації органом адвокатського самоврядування своїх законних повноважень, зокрема розгляд дисциплінарних проваджень.

Комітетом було розглянуто звернення адвоката А. Бабич щодо порушення гарантій адвокатської діяльності, а саме заборони будь-якого втручання, перешкоджання здійсненню професійної діяльності та проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду. Адвокатом Є. Солодко було ініційовано звернення до директора НАБУ із проханням провести перевірку та притягнути винних службових осіб НАБУ до відповідальності, встановленої законом.

Розглядалося і чергове істотне порушення ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» за зверненням Адвокатського об'єднання «Богатир та партнери» стосовно системного незаконного обмеження істотних прав людини — адвоката В. В. Богатиря, внаслідок недотримання державних гарантій, визначених законом та пов'язаних з фактичним нездійсненням у передбаченому КПК України порядку підозри адвокату як спеціальному суб'єкту. Відповідні документи, за наслідками розгляду звернення, будуть включені до Звіту про порушення прав адвокатів в Україні, який буде надісланий Міжнародній комісії юристів (ICJ) та Раді адвокатських і правничих товариств Європи (CCBE).

Питання систематичного ігнорування професійних прав адвокатів та виробництва проектів відповід-



них документів вирішено доручити членам Комітету Є. Мірошникову та К. Четвертаку.

Комітетом обговорено та вирішено питання щодо реагування на систематичні заяви про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності адвоката О. Шадріна. Підготовку проектів відповідних звернень доручено члену Комітету С. Чернушичу.

Заслухавши аудіозапис виступу адвоката Д. Бугая, Комітет критично оцінив його публічні висловлювання перед міжнародними експертами та представниками органів правосуддя, в якому містяться критичні твердження щодо ролі професійної організації у захисті прав адвокатів. Було акцентовано увагу, що Д. Бугай ніколи не був членом будь-якого органу адвокатського самоврядування та не уповноважувався ними на представництво позиції та інтересів адвокатури України. Власне сам Д. Бугай отримував захист і підтримку від професійної організації адвокатів, коли переслідувався правоохоронними органами. На противагу він такої підтримки своїм колегам не надавав, діяльністю профільного Комітету НААУ з захисту прав адвокатів не цікавився, відомості статистичного або динамічного характеру не отримував, у публічних заходах Комітету участі не брав.

Разом з цим Комітет є відкритим для співпраці і запрошує стати членом Комітету всіх, хто вважає себе експертом у цій галузі та готовий, не шкодуючи сил і часу, займатися відстоюванням порушених професійних прав і гарантій.



ОГЛЯД КЛЮЧОВИХ РІШЕНЬ РАУ ВІД 1-2 ЧЕРВНЯ 2018 РОКУ

Підготовлено секретаріатом
Національної асоціації адвокатів України

№ з/п	Короткий зміст рішення
1	РАУ створила Робочу групу з удосконалення процедури отримання ордера на надання правової (правничої) допомоги і витягу з ЄРАУ через особистий кабінет адвоката на офіційному веб-сайті НААУ та з інших пов'язаних питань. Робоча група працюватиме над розробкою та впровадженням нової форми ордера адвоката на надання правової (правничої) допомоги — Єдиного електронного ордера (ЄЕО), розробкою технічних вимог та технічних завдань для створення і впровадження системи тощо. Також у межах роботи Робочої групи обговорюватиметься питання отримання у такий спосіб витягів з ЄРАУ
2	РАУ підтримала пропозицію Парламентської Асамблеї Ради Європи , яка закликає Комітет Міністрів розробити та прийняти Європейську Конвенцію про професію адвоката, забезпечивши посилення професійних гарантій тощо, а також установлення механізму раннього попередження для реагування на безпосередні загрози безпеці та незалежності адвокатів і їх здатності у належний спосіб виконувати свої професійні обов'язки
3	РАУ розтлумачила окремі положення Правил адвокатської етики , зазначивши, що під час застосування ст. 49 Кримінального процесуального кодексу України відносини між адвокатами, незалежно від того, яким чином вони залучаються до справи (провадження) («за договором» чи «за призначенням»), повинні будуватися на засадах взаємної поваги, дотримання професійних прав адвокатів та гарантій професійної діяльності, наслідування принципам, передбаченим Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Правилами адвокатської етики, рішеннями З'їзду адвокатів України, актами РАУ, НААУ. Адвокат за дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, повинен займати активну позицію та з'ясовувати обставини справи, що передували його залученню до справи (провадження), та у разі виявлення зловживань нормою ст. 49 КПК України чи її порушення з боку органу досудового розслідування чи суду реагувати на це у формах, передбачених чинним законодавством та/або актами РАУ, НААУ
4	РАУ внесла зміни та до ст. 13, 15, 27 Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність , а також доповнила ст. 14 новим пунктом, яким визначено, що «при виникненні конфлікту між адвокатами, наслідком якого є звернення одного з них зі скаргою до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону, адвокат, який ініціював звернення, зобов'язаний надати докази того, що ним вжиті заходи мирного врегулювання такого конфлікту, зокрема документи, що свідчать про звернення останнього до ради адвокатів регіону за робочим місцем адвоката згідно відомостей в Єдиному реєстрі адвокатів України, а стосовно адвоката іноземної держави — асоціації адвокатів чи правового товариства відповідної держави»



№	Короткий зміст рішення
5	<p>РАУ створила при НААУ такі комітети:</p> <p>— Комітет з підвищення професійної кваліфікації — з метою виявлення, аналізу та врахування потреб адвокатів (помічників адвокатів, стажистів) при реалізації законодавчо визначеного обов'язку підвищення їх професійного рівня, а також надання пропозицій у формуванні політики з підвищення кваліфікації, напрямів її реалізації тощо;</p> <p>— Комітет з питань антикорупційної політики та комплаєнсу — з метою розробки методичних рекомендацій, підготовки матеріалів роз'яснювального характеру, інших напрацювань у відповідному напрямі, направлених на формування у свідомості людей правильного сприйняття зазначених явищ, а також аналізу та імплементації міжнародної практики з цього питання тощо;</p> <p>— молодіжний комітет НААУ — «UNBA NextGen» — для забезпечення якісного, прогресивного, ефективного та сталого розвитку адвокатури України з погляду синергії поколінь, сприяння кар'єрному зростанню молодих адвокатів шляхом проведення освітньої діяльності, встановлення найкращих сучасних стандартів адвокатської професії та інтеграції молоді в роботу органів адвокатського самоврядування;</p> <p>— Комітет адвокатської практики — з метою забезпечення якісного, прогресивного, ефективного та сталого розвитку адвокатури України, встановлення найкращих сучасних стандартів, сприяння розвитку адвокатського самоврядування</p>
6	<p>РАУ створила представництво НААУ у Швейцарській Конфедерації (м. Букс), зазначивши, що фінансування діяльності представництва здійснюється за рахунок коштів спонсорів (фізичних та юридичних осіб), благодійних фондів (організацій) та ґрунтується на принципі самофінансування</p>
7	<p>РАУ затвердила у новій редакції Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, внісши зміни, зокрема, але не виключно, щодо посвідчення стажиста адвоката, підготовки та зберігання документів, пов'язаних зі стажуванням, повноважень ради адвокатів регіону та Ради адвокатів України з організації стажування, введення для стажистів адаптаційного курсу в професію адвоката тощо, а також правки редакційного характеру</p>
8	<p>РАУ внесла зміни до Положення про помічника адвоката в частині щодо проходження помічниками адвокатів у межах системи підвищення кваліфікації обов'язкового спеціального курсу введення в професію, розробленого Вищою школою адвокатури НААУ з метою забезпечення високого, якісного рівня підготовки помічників адвокатів до самостійного здійснення адвокатської діяльності</p>
9	<p>РАУ внесла зміни до Порядку підвищення кваліфікації адвокатів України, зазначивши, що у випадку поновлення адвокатської діяльності, право на заняття якою було зупинено на рік і більше, адвокат зобов'язаний пройти спеціальні курси підвищення кваліфікації за програмою та в порядку, розробленими Вищою школою адвокатури НААУ. Адвокат проходить зазначені курси протягом трьох місяців з моменту поновлення права на заняття адвокатською діяльністю</p>
10	<p>РАУ роз'яснила деякі питання, пов'язані зі складанням/відмовою у складанні протоколів про адміністративні правопорушення за ст. 212-3 КУпАП, акцентувавши увагу на тому, зокрема, що провадження у справах про адміністративні правопорушення здійснюється на основі суворого дотримання законності. Застосування уповноваженими на те органами і посадовими особами заходів адміністративного впливу провадиться в межах їх компетенції, у точній відповідності із законом. Уповноважена особа, яка наділена відповідними дискреційними повноваженнями, не може піддаватись впливу інших осіб і приймає рішення відповідно до закону, виходячи із власної правосвідомості, та обґрунтовує своє рішення відповідними міркуваннями. Таке рішення є рішенням уповноваженої особи, а не рішенням відповідної ради адвокатів регіону</p>



№ з/п	Короткий зміст рішення
11	РАУ схвалила та затвердила відкриту заяву щодо неприпустимості тиску на адвокатів , втручання в адвокатську діяльність та порушення гарантованих Конституцією України і спеціальним законодавством прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності, зокрема наголосивши, що поширення на інформаційному ресурсі «Миротворець» персональних даних будь-яких осіб, у тому числі адвокатів, без їх згоди, є прямим порушенням приписів вищезгаданого Закону, гарантованого Конституцією України права на приватне життя тощо, а також звернулася з цього приводу до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Ради національної безпеки і оборони України, Служби безпеки України, Генеральної прокуратури України
12	РАУ внесла зміни до Порядку ведення ЄРАУ , врегулювавши деякі питання внесення до ЄРАУ відомостей загалом, а також про стажистів адвокатів. Зокрема, уточнила, що не пізніше ніж на третій день з дня отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю адвокат подає до відповідної ради адвокатів регіону за адресою свого робочого місця заяву про внесення відомостей до ЄРАУ, незалежно від того, яка рада адвокатів регіону видала таке свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, а рада адвокатів регіону, до якої звернувся адвокат, згідно з п. 3.3. Порядку вносить до ЄРАУ відомості, зазначені у п. 3.1. цього Порядку, про такого адвоката
13	РАУ внесла зміни до Програми партнерства з НААУ на 2018 рік , доповнивши її партнером молодіжного комітету НААУ — «UNBA NextGen»
14	РАУ схвалила і затвердила Правовий висновок Комітету медичного та фармацевтичного права і біоетики НААУ щодо законопроекту № 7588 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей»
15	РАУ схвалила та затвердила Концепцію розвитку Інституту наставництва для обміну досвідом, передачі знань, умінь, навичок, етики поведінки і професійної культури між більш досвідченими та «молодими» адвокатами, які залучаються до надання БВПД
16	РАУ продовжила роботу Робочої групи з дослідження питання необхідності встановлення та затвердження мінімального розміру виплат на оплату послуг адвоката з надання професійної правової (правничої) допомоги , якій доручила підготувати до Ради суддів України звернення щодо запобігання негативних наслідків судової практики з питання відшкодування витрат на правову (правничу) допомогу адвоката, недопущення знецінення адвокатської діяльності, а також пропозицією спільного напрацювання єдиної практики з цього питання
17	РАУ вирішила ініціювати подання до Верховної Ради України законопроекту з питання публічної закупівлі професійної правової (правничої) допомоги , доручивши його розробку Комітету законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності при Національній асоціації адвокатів України
18	РАУ вирішила повторно звернутися до: — Міністерства фінансів України з приводу внесення змін до абзацу 1 п.п. 2 п. 11.18 розд. XI Порядку обліку платників податків і зборів, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 09.12.11 р. № 1588 (у редакції наказу Міністерства фінансів України від 22.04.14 р. № 462) з наступними змінами, а також п. 1 розд. V Порядку обліку платників єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 24.11.14 р. № 1162, з наступними змінами, у частині зняття з обліку адвокатів, які вирішили зупинити адвокатську діяльність або змінити форму здійснення адвокатської діяльності (у формі адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання); з приводу дискримінаційності ч. 4 ст. 4 Закону № 2464-VI; — Комітету Верховної Ради України з питань податкової та митної політики з проханням ініціювати внесення змін до ч. 4 ст. 4 Закону № 2464-VI щодо осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (адвокатів); — Уповноваженого Верховної Ради України з проханням ініціювати внесення змін до ч. 4 ст. 4 Закону № 2464-VI щодо осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (адвокатів)



ОГЛЯД КЛЮЧОВИХ РІШЕНЬ РАУ

ВІД 25 ЛИПНЯ 2018 РОКУ

(електронне голосування)

Підготовлено секретаріатом
Національної асоціації адвокатів України

№ з/п	Короткий зміст рішення
1	РАУ внесла зміни до Положення про помічника адвоката в частині щодо порядку внесення даних про помічника адвоката до ЄРАУ, а також видачі відповідного посвідчення. Так, Адміністратор бази даних ЄРАУ ради адвокатів регіону на Першому рівні, за наявності усіх обов'язкових документів, доданих до заяви про внесення даних про помічника адвоката до ЄРАУ та видачу посвідчення помічника адвоката, вносить дані про помічника адвоката до ЄРАУ відповідно до цього Положення та Порядку ведення ЄРАУ, затвердженого Радою адвокатів України. У разі припинення дії трудового договору з помічником адвоката такий адвокат зобов'язаний не пізніше ніж на третій день з дня припинення трудових відносин зі своїм помічником подати заяву до ради адвокатів регіону про внесення відповідних відомостей в ЄРАУ. У ЄРАУ робиться запис про припинення трудових відносин між адвокатом та помічником із зазначенням дати такого припинення
2	РАУ внесла зміни до ЄРАУ, зазначивши, що для внесення відомостей до ЄРАУ рішення ради адвокатів регіону не вимагається. Відомості вносяться відповідно до цього Порядку та інших актів НААУ, РАУ
3	РАУ затвердила у новій редакції Положення про молодіжний комітет НААУ — «UNBA NextGen» у частині інституційної структури, а також повноважень
4	РАУ затвердила Положення про Раду старійшин адвокатів НААУ, основною метою діяльності якої є надання консультативної допомоги та підтримки Молодіжному комітету НААУ — «UNBA NextGen» і взаємодія з Комітетом для забезпечення наставництва та забезпечення тяглості поколінь у професії адвоката в Україні, а також поширення традицій адвокатської діяльності і професії серед молодих адвокатів



ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ НЕПРИПУСТИМОСТІ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ ЯК НАРІЖНИЙ КАМІНЬ ПРАВИЛ АДВОКАТСЬКОЇ ЕТИКИ



Андрій Сітніков, адвокат, заступник голови
Ради адвокатів Хмельницької області

Професія адвоката належить до тих професій, де питання професійної етики має ключове значення, як для збільшення поваги суспільства до представників цієї професії, так і для зростання взаємоповаги та самоповаги адвокатів-професіоналів. Деонтологічні питання юридичної професії завжди залишаються актуальними для колег у всьому світі, про що свідчить нещодавно прийнятий Порядок тлумачення принципів і правил Кодексу поведінки європейських адвокатів та Статуту ССВЕ (18.05.2018 р.).

Для українських адвокатів деонтологічні питання висвітлені у базовому Законі України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»¹, Правилах адвокатської етики², затверджених з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 року, Рішеннях Ради адвокатів України, Рішеннях Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та КДКА регіонів.

Незалежна, міцна, структурована та професійна адвокатура повинна спиратися на фундамент стійких етичних принципів і наріжним каменем цього фундаменту, на думку автора, є дотримання принципу неприпустимості конфлікту інтересів.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону № 5076 **уникнення конфлікту інтересів** відноситься до принципів та заasad здійснення адвокатської діяльності. Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 21 цього ж Закону до професійних обов'язків адвоката належить невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів.

Відповідно до ч. 1 ст. 28 зазначеного Закону адвокату, адвокатському бюро або адвокатському об'єднанню **забороняється укладати договір про надання правової допомоги та відмовитися від його виконання у разі конфлікту інтересів**, коли виконання

договору може суперечити — інтересам адвоката; членів його сім'ї або близьких родичів; адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є; професійним обов'язкам адвоката; а також у разі наявності інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів.

Поняття «**конфлікт інтересів**» викладено у ч. 8 ст. 1 Закону № 5076, згідно з якою — це **суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час**

¹ Далі за текстом — Закон № 5076.

² Далі за текстом — ПАЕ.



виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності.

ПАЕ також містять норми щодо конфлікту інтересів. Так, ст. 9 «**Неприпустимість** конфлікту інтересів», зокрема, регламентує дії адвоката у таких ситуаціях:

*Адвокат без письмового погодження з клієнтами, **щодо яких виник конфлікт інтересів**, не може представляти або захищати одночасно двох або більше клієнтів, **інтереси яких є взаємно суперечливими**, або вірогідно можуть стати суперечливими, а також за таких обставин надавати їм професійну правничу (правову) допомогу.*

*У разі отримання адвокатом **конфіденційної інформації** від клієнта, якому він надавав професійну правничу (правову) допомогу, пов'язаної з інтересами нового клієнта при наданні правничої допомоги, адвокат зобов'язаний отримати письмове погодження клієнтів, між якими виник конфлікт інтересів.*

*Адвокат без письмового погодження з клієнтом, щодо якого виник конфлікт інтересів, не може представляти, захищати клієнта чи надавати йому професійну правничу (правову) допомогу, якщо **інтереси клієнта суперечать власним інтересам адвоката**.*

За відсутності письмового погодження клієнта, в разі виникнення конфлікту інтересів у процесі реалізації адвокатом договору, такий договір має бути

розірваний з дотриманням умов, визначених цими Правилами.

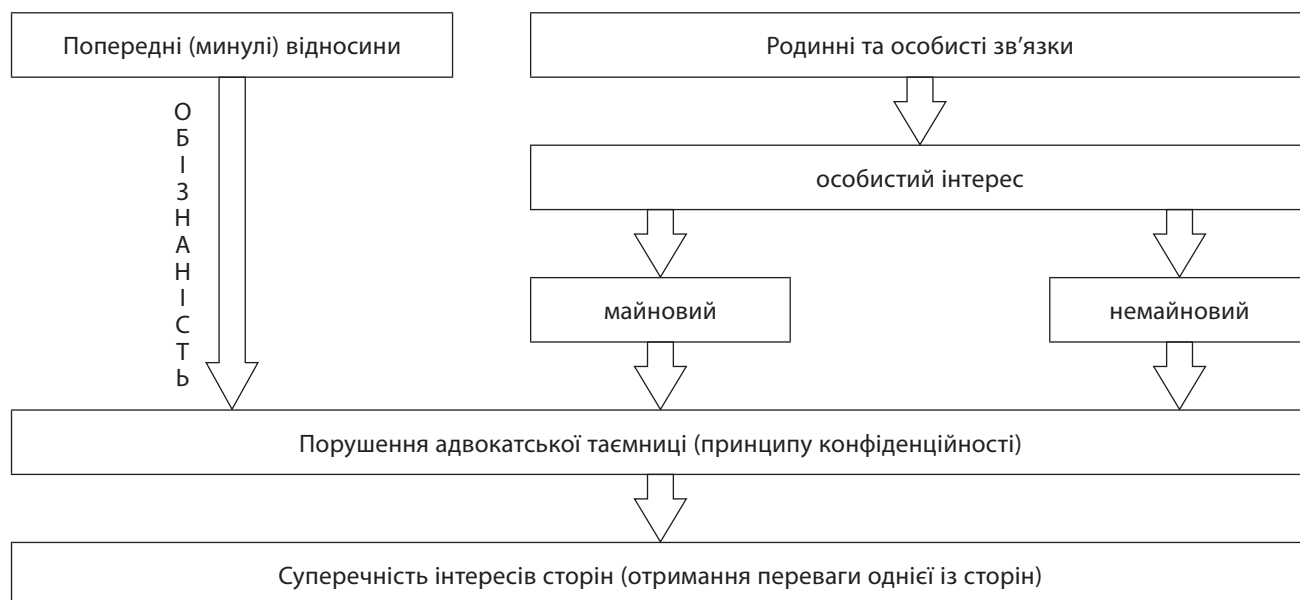
Загалом вимоги цієї частини ст. 9 ПАЕ зводяться до необхідності отримання від клієнта письмового погодження, яке дозволяє адвокату діяти, перебуваючи у стані конфлікту інтересів.

Така конструкція ПАЕ для українських адвокатів, на думку автора, є досить ліберальною порівняно з нормами IBA (International Bar Association) та CCBE (Council of Bars and Law Societies of Europe), де таке погодження не передбачене, та, наприклад, Правил етики адвокатів Польщі, де воно прямо заборонено (§ 46. *Адвокат не може репрезентувати (представляти) клієнтів, інтереси яких є суперечливими, **навіть якщо ці клієнти дають на це згоду**. У разі виникнення конфлікту в ході розгляду адвокат зобов'язаний розірвати договір з клієнтом, чий інтереси перебувають в конфлікті.*).

При цьому зазначена логіка здається більш переконливою, оскільки клієнт здебільшого перебуває під впливом професійного авторитета адвоката та може не розуміти наслідків надання такої згоди.

На думку автора, такий стан має спонукати поважних українських адвокатів **застосовувати внутрішні етичні бар'єри, які повинні бути більш високими, ніж писані правила**.

Визначити потенційне потрапляння до конфлікту інтересів можна такою схемою:





Отже, ключовим питанням є **обізнаність у певній конфіденційній інформації, що в подальшому надає перевагу** адвокату у конкретній справі.

Чи є відомості про таку обізнаність документально підтвердженими для третіх осіб, чи вони відомі тільки адвокату, як вчинити правильно?

Саме таку етичну проблему повинен вирішувати адвокат для запобігання потрапляння до ситуації конфлікту інтересів.

Наступна етична проблема, на думку автора, є проблема пріоритету одних принципів над іншими.

Чи існує градація принципів? Що є важливішим — пріоритет інтересів клієнта чи дотримання законності? Адвокатська таємниця чи інтереси родини? Незалежність адвоката чи повага до адвокатській професії?

Відповідно до пп. 2.7 та 3.2 **Кодексу поведінки європейських адвокатів** (1998 р.) адвокат завжди зобов'язаний **діяти в інтересах клієнта, які для нього завжди превалюють перед його власними інтересами** та інтересами колег-юристів. У цьому є сутність професії адвоката-правозахисника, юридичного радника, якому довіряють таємниці. Отже, принцип переваги інтересів клієнта превалює над іншими принципами, а якщо інтереси клієнтів можуть бути суперечливими, знову ключовим стає принцип неприпустимості порушення конфлікту інтересів.

На думку автора, першочергове застосування принципу неприпустимості конфлікту інтересів, навіть **якщо адвокат впевнений, що інша сторона не здобуде доказів його обізнаності**, у подальшому дозволять уникнути інших складних етичних питань.

Цю етичну проблему можна розглядати також скрізь призму права особи на справедливий суд. Так, право на справедливий суд дозволяє учасникам процесу право на відвід та самовідвід. Але право на відвід адвоката іншою стороною не передбачено, і це є цілком логічним та зрозумілим. Однак така ситуація повинна вирішуватися адвокатом саме через застосування принципу неприпустимості конфлікту інтересів.

Відповідно до положень п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи безстороннім судом. При цьому наявність безсторонності визначається в тому числі й тим, чи забезпечує суд умови, за яких у сторін не виникало б будь-яких сумнівів у безсторонності судді та всього складу суду при розгляді цього позову. Як приклад

можна навести Рішення Європейського суду з прав людини від 09.11.06 р. у справі «Білуха проти України».

Тобто якщо адвокат перебуває у стані порушення конфлікту інтересів, про що відомо іншій стороні. Будь-яка процесуальна дія такого адвоката буде сприйматися іншою стороною як упереджена, корисна та не сприятиме справедливому, всебічному, повному та об'єктивному з'ясуванню обставин справи і, врешті-решт, інтересам клієнта. Цим справжнім інтересом клієнта є не тільки позитивне вирішення його питання, а насамперед законне вирішення, що в подальшому буде незмінним у судах апеляційної та касаційної інстанцій.

Питання неприпустимості порушення конфлікту інтересів не залишилися поза увагою й Ради адвокатів України, якою з цього приводу приймалися такі Рішення:

— № 60 від 4-5 липня 2014 року «Про застосування частини четвертої статті 40 Правил адвокатської етики»;

— № 7 від 4 липня 2015 року «Щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта»;

— № 127 від 13 листопада 2016 року «Щодо можливості надання правової допомоги адвокатами (підружжям) одночасно різним сторонам (учасникам) провадження»;

— № 4 від 26 лютого 2016 року «Щодо можливості представництва інтересів двох або більше позивачів чи відповідачів адвокатом в одному цивільному процесі».

Аналіз практики розгляду дисциплінарних справ адвокатів обласними КДКА та ВКДКА свідчить про те, що дисциплінарні комісії розглядають такі справи відповідно до наведених вище Рішень Ради адвокатів України та мають усталені позиції щодо розгляду відповідної категорії справ.

Як підсумок, автор переконаний у тому, що неприпустимість порушення конфлікту інтересів є наріжним каменем решти принципів адвокатської етики і для адвоката репутаційні втрати мають бути більш вагомим аргументом для уникнення навіть потенційного потрапляння до ситуації конфлікту інтересів, ніж небезпека дисциплінарних стягнень. Тому внутрішні етичні бар'єри мають бути більш високими, ніж писані норми, і саме тому етика як система цінностей має як матеріальну, так і духовну складову.

Автор висловлює подяку за надані матеріали заступнику голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури Місяць Андрію Петровичу



ОГЛЯД ПРАКТИКИ ВКДКА

ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ НЕПОРУШНОСТІ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ

Рішення № III-034/2016 від 24.03.16 р.

Суть скарги. Адвокат брав участь у господарсько-му суді при розгляді справи про банкрутство як представник боржника, потім кредитора разом із дружиною адвокатом.

Позиція адвоката. Представляв інтереси не як адвокат, а представник, мав погодження одного з клієнтів.

Висновок ВКДКА. Дія Правил адвокатської етики відповідно до положень ч. 1 ст. 2 поширюється, крім безпосередньо адвокатської діяльності, також на іншу діяльність (дії) адвоката, яка може вступити в суперечність з його професійними обов'язками або підірвати престиж адвокатської професії. У такому випадку адвокат грубо порушив вимоги ч. 1 ст. 9 ПАЕ щодо неприпустимості конфлікту інтересів, що отримало вираз у почерговому представництві ним інтересів сторін із протилежними процесуальними цілями, а саме — боржника і кредитора.

Одночасне надання правової допомоги адвокатами, які є подружжям, в одному й тому ж господарському, цивільному, адміністративному процесі чи в кримінальному провадженні, або в ході розгляду справи про адміністративне правопорушення клієнтам, процесуальні інтереси яких є протилежними і суперечать один одному, вказує на те, що таке виконання договору про надання правової допомоги може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї і за загальним правилом є забороненим відповідно до закону.

Адвокату зупинено право на заняття адвокатською діяльністю на строк шість місяців.

Рішення № XI-004/2016 від 30.11.16 р.

Суть скарги. Адвокат уклав договір при наявності конфлікту інтересів; захищав двох і більше клієнтів, інтереси яких є взаємно суперечливими.

Позиція адвоката. Клієнти обмовили адвоката.

Висновок ВКДКА. Відповідно до положень ч. 1 ст. 28 Закону № 5076 адвокату забороняється укла-

дати договір про надання правової допомоги у разі конфлікту інтересів. У порушення зазначеної норми адвокат прийняв доручення на захист ОСОБА_1 та ОСОБА_2 після того, як вони, відмовившись від його послуг, та уклавши договір із адвокатом ОСОБА_3, змінили свою позицію, надавши слідству покази протилежного змісту.

Адвокат позбавлений права на здійснення адвокатської діяльності.

Рішення № I-001/2017 від 26.01.17 р.

Суть скарги. Адвокат, будучи засновником ЮО_1, яке надавало послуги підприємству_2, одночасно надавала правову допомогу протилежній стороні боржнику підприємства_2 у справах. Адвокат, маючи довіреність на представництво інтересів від підприємства_2, брала участь як представник іншого підприємства його боржника під час проведення обшуку.

Позиція адвоката. Адвокат отримав довіреність від іншої сторони, однак договір не укладав та жодних дій з цього доручення клієнта не вчиняв, грошей не отримував.

Висновок ВКДКА. Будь-яких відомостей щодо того, що адвокату надавалась чи стала відома конфіденційна інформація у зв'язку з укладанням, виконанням договору скаргником, не надано.

З документів, наданих скаргником. вбачається, що сам скаргник припинив договір з адвокатом до подання позову у справі № __, і це відбулось до порушення провадження у іншій справі. Наведеним спростовуються доводи скаргника про одночасне надання адвокатом правової допомоги ОСОБА_1 та ОСОБА_2.

ВКДКА послалась на рішення РАУ від 04.07.15 р. № 7 «Про затвердження роз'яснення щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта» про те, що сам факт надання адвокатом правової допомоги юридичній особі не зумовлює конфлікту інтересів з інтересами клієнта... а виникає лише за умови володіння адвокатом



інформацією, яка отримана ним у результаті надання правової допомоги юридичній особі та може бути використана проти такої особи.

Стосовно адвоката прийнято рішення про закриття дисциплінарної справи.

Рішення № Х-003/2017 від 30.10.17 р.

Суть скарги. Адвокат працював на посаді юриста ДП «_» та був звільнений. У подальшому, під час проведення обшуку на ДП «_», представляв інтереси потерпілого у кримінальному провадженні ЮО_2 як адвокат. Також брав участь як представник потерпілого ЮО_2 в судових засіданнях судів різних інстанцій де опонував представникам підприємства ДП «_», в якому раніше працював за договором.

Позиція адвоката. Адвокат зазначив, що уклав договір про надання адвокатських послуг з ЮО_2 та був представником потерпілого в кримінальному провадженні. Адвокат заперечує про наявність конфлікту інтересів між його клієнтом та ДП «_», вважає, що інтереси підприємства не слід ототожнювати з інтересами керівництва підприємства, з якого він звільнився до призначення посадових осіб-фігурантів в кримінальному провадженні. Доступу до інформації про дії, що є предметом кримінального провадження, не мав.

Висновок ВКДКА. У діях адвоката встановлені ознаки дисциплінарного проступку, а саме порушення вимог ст. 21 Закону № 5076, ст. 9, 40 ПАЕ, що є підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності відповідно до вимог ст. 33, 34 зазначеного Закону.

Встановлено, що адвокат працював на посаді юриста ДП «_». До документів скарги надано угоду про зарахування зустрічних однорідних вимог між ДП «_» та ЮО_2, у складанні якої брав участь працівник підприємства — юрист, який на той час набув статус адвоката.

До адвоката застосовано дисциплінарне стягнення у вигляді попередження.

Рішення № Х-007/2017 від 30.10.17 р.

Суть скарги. Адвокат раніше працювала юристконсультантом ЖБК, тоді ж вона отримала рекомендований лист від ЮО_1 про розірвання договору суборенди.

Згодом вона стала представляти інтереси ЮО_1 як адвокат контрагента в справі із ЖБК.

Під час розгляду справи у господарському суді адвокат заявила, що договір суборенди, укладений між ЮО_1 та ЖБК, припинено з огляду на те, що, будучи представником ЖБК, нібито отримувала рекомендованого листа від ЮО_1, який, на її думку, є підставою для припинення договору суборенди.

Цей факт дає підстави стверджувати скаргнику, що адвокат вступила в змову з вищезазначеним контрагентом за договором та, надаючи відповідні пояснення в судовому засіданні, порушила приписи ч. 3 ст. 9 Правил адвокатської етики.

Позиція адвоката. Адвокат вказує, що конфлікту інтересів не визнає, оскільки ніколи не надавала правової допомоги ЖБК як адвокат за договором, оскільки тоді вона працювала в ЖБК юристконсультантом. На момент розгляду справи у господарському суді вона не мала до кооперативу жодного стосунку ні як юристконсульт, ні як адвокат. Тому, представляючи інтереси ЮО_1 у господарському суді, вона виконувала свої обов'язки адвоката щодо захисту інтересів свого клієнта. Вона дійсно заявила у судовому засіданні, що отримала на пошті рекомендованого листа від ЮО_1 про розірвання договору суборенди як представник ЖБК, і цей відомий для всіх факт вона не мала права утаємничувати від суду, тим більше, що це не є конфіденційною інформацією.

Висновок ВКДКА. Оголошення відомої інформації адвокатом у судовому засіданні як представником ЮО_1 не було порушенням прав ЖБК, оскільки вона одночасно як адвокат не представляла інтереси ЖБК ні в минулому, ні під час розгляду справи у господарському суді, а тільки представляла інтереси свого клієнта за договором, тобто ЮО_1 у господарському суді. Тому оголошення такої інформації в судовому засіданні, як отримання кооперативом рекомендованого листа про розірвання договору, було обов'язком адвоката, який захищав інтереси свого клієнта — ЮО_1 — за договором про надання правової допомоги, і цю неконфіденційну інформацію вона не мала права утаємничувати від суду, якому ця інформація необхідна була для правильного та об'єктивного розгляду справи і яка була відома всім сторонам у справі.

Відповідно до п. 7 Положення обов'язок доказування вини адвоката у вчиненні дисциплінарного проступку покладається на особу, яка ініціює дисциплінарне провадження стосовно адвоката. Звинувачення



адвоката не може ґрунтуватися на припущеннях, усі сумніви щодо доведеності вини адвоката тлумачаться на його користь.

Стосовно адвоката прийнято рішення про відмовлення в порушенні дисциплінарної справи.

Рішення № Х-017/2017 від 30.11.17 р.

Суть скарги. Адвокат на підставі договору про надання правової допомоги був представником позивача ОСОБА_1 у цивільній справі за позовом до ТОВ «__» про захист прав споживача. Предметом судового розгляду в цій справі були вимоги позивача в частині неякісного виконання робіт за укладеним між ОСОБА_1 та ТОВ «__».

На цей час судом розглядається цивільна справа за позовом ОСОБА_2 до ТОВ «__» про визнання дійсними договорів купівлі-продажу нерухомого майна та за зустрічним позовом ТОВ «__» до ОСОБА_2 про визнання недійсними договорів купівлі-продажу нерухомого майна. Оскільки представником ОСОБА_2 в цивільній справі є адвокат, у діях останнього, на думку скаржника, наявний конфлікт інтересів, оскільки адвокат обізнаний з матеріалами обох цивільних справ, в яких він брав участь як представник, відстоюючи різні позиції.

Позиція адвоката. Адвокат зазначив, що цивільні справи за позовом ОСОБА_1 та цивільна справа за позовом ОСОБА_2 — різні за своїми правовідносинами та не пов'язані одна з одною за предметом позову.

ОСОБА_2 до укладення договору з адвокатом був повідомлений ним про можливий вступ до цієї цивільної справи. З огляду на зазначене вважає, що конфлікту інтересів не існує.

Вважає, що скарга директора ТОВ «__» є засобом тиску на нього у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності.

Висновок ВКДКА. Згідно з рішенням КДКА не вбачає наявності конфлікту інтересів, про наявність якого йдеться в скарзі ТОВ «__». Цивільні справи за позовом ОСОБА_1 та за позовом ОСОБА_2 різні за своїми правовідносинами та не пов'язані одна з одною.

Договір про надання правової допомоги між ОСОБА_2 та адвокатом розірвано у встановленому порядку, при цьому дисциплінарна палата врахувала думку самого ОСОБА_2, який не вбачає наявності конфлікту інтересів з адвокатом та повідомив, що участь адвоката у цивільній справі за позовом ОСОБА_1 відбулася за його згоди.

Стосовно адвоката прийнято рішення про закриття дисциплінарної справи.



АВАНСОВИЙ ВНЕСОК У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ



Ольга Родіонова, адвокат

5 жовтня 2016 року набув чинності новий Закон України №1404 «Про виконавче провадження»¹, прийнятий ще 02.06.16 р. Однією з новел нового Закону є введення нового поняття «авансовий внесок».

Що ж таке авансовий внесок? В яких випадках авансування є обов'язковим? Закон не дає нам відповіді на зазначені запитання, оскільки визначення терміна «авансовий внесок» у Законі відсутнє. У свою чергу, відсутня й норма про обов'язковість авансування.

Частиною 2 ст. 26 Закону №1404 передбачається, що до заяви про примусове виконання рішення стягувач додає квитанцію про сплату авансового внеску. Чи можна з аналізу вказаних норми вважати, що авансування (сплата авансового внеску) є обов'язковим у всіх випадках? Виходячи з логіки цього Закону на це запитання можна відповісти позитивно.

У п. 8 ч. 4 ст. 4 вказаного Закону передбачено, що виконавчий документ повертається стягувачу органом державної виконавчої служби, приватним виконавцем без прийняття до виконання протягом трьох робочих днів з дня його пред'явлення, якщо стягувач не надав підтвердження сплати авансового внеску, якщо авансування є обов'язковим.

Так, Закон звільняє окремі категорії стягувачів від сплати авансового внеску, за деякими видами рішень, а саме за рішеннями про: — стягнення заробітної плати, поновлення на роботі та за іншими вимогами, що впливають із трудових правовідносин; — обчислення, призначення, перерахунок, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг; — відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом

або іншим ушкодженням здоров'я, а також смертю фізичної особи; — стягнення аліментів; — відшкодування майнової та/або моральної шкоди, завданої внаслідок вчинення кримінального правопорушення.

Треба відзначити, що логіка в цьому беззаперечно є, оскільки зазначені вище категорії стягнення є соціально значущими, а особи, які стягують кошти за вказаними виконавчими провадженнями, є постраждалими від боржника, як то від вчинення кримінального правопорушення, правопорушення у сфері трудових прав або від батьків, що залишили своїх дітей та покинули родину.

Також законодавець звільнив деякі соціально незахищені верстви населення від сплати авансового внеску, але лише при поданні заяви до органів державної виконавчої служби. Це інваліди війни, інваліди I та II груп, законні представники дітей-інвалідів і недієздатних інвалідів I та II груп, громадяни, віднесені до категорій 1 та 2 осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, що є цілком логічним, оскільки ці ж категорії не сплачують і судовий збір за подання позовів до суду.

Окрім цього, авансовий внесок не сплачується у разі виконання рішення Європейського суду з прав людини, а також державні органи звільнені від його сплати.

¹ Далі за текстом — Закон № 1404.



На практиці постало запитання, чи необхідно долучати квитанцію про сплату авансового внеску за рішеннями у справах за позовами прокуратури в інтересах інших стягувачів? З одного боку, прокуратура є державним органом, з іншого, — рішення винесено на користь стягувача, що не звільнений від сплати авансового внеску.

Відповідь на це запитання можна знайти у постанові Вищого господарського суду України від 21.08.17 р. у справі № 902/473/16, де Суд дійшов висновку, що при поданні до органів державної виконавчої служби заяви про відкриття виконавчого **провадження прокурор повинен долучити документ про сплату стягувачем авансового внеску у разі, якщо останній не звільнений від його сплати.**

Аналізуючи Закон № 1404, неможливо не сказати декілька слів і про розмір авансового внеску, який визначено як 2 % суми, що підлягає стягненню, але не більше 10 мінімальних розмірів заробітної плати, а за рішеннями немайнового характеру та рішеннями про забезпечення позову — у розмірі одного мінімального розміру заробітної плати з боржника — фізичної особи та в розмірі двох мінімальних розмірів заробітної плати з боржника — юридичної особи.

Отже, на сьогоднішній день максимальний розмір авансового внеску за рішеннями майнового характеру становить 37 230,00 грн., а мінімальний розмір Законом не визначено. Ось ми і підійшли до питання, для чого ж необхідний цей авансовий внесок, сплачений стягувачем у такому великому розмірі.

У Законі зазначено, що авансові внески стягувачів використовуються виконавцем для здійснення витрат виконавчого провадження. Витратами виконавчого провадження є витрати органів державної виконавчої служби та приватного виконавця, пов'язані з організацією та проведенням виконавчих дій щодо забезпечення примусового виконання рішень. Види та розмір витрат виконавчого провадження затверджені наказом

Міністерства юстиції України від 29.09.16 р. № 2830/5, у тому числі враховуючи розмір плати за користування автоматизованою системою виконавчого провадження, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 24.03.17 р. № 954/5.

У цьому контексті є цікавим проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо примусового виконання судових рішень і рішень інших органів, який був зареєстрований у Верховній Раді України 26.03.18 р. за № 8198. У пояснювальній записці до законопроекту вказується, що змінами пропонується удосконалити процедуру здійснення примусового виконання рішень органами державної виконавчої служби та приватними виконавцями. Серед змін, передбачених у законопроекті, є зменшення граничного розміру авансового внеску, а саме: не більше двох розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (у чинній редакції не більше 10 мінімальних розмірів заробітної плати), а за рішенням немайнового характеру, рішенням про передачу предметів, зазначених у виконавчому документі, та рішенням про забезпечення позову — у розмірі одного прожиткового мінімуму (у чинній редакції — одного мінімального розміру заробітної плати) з боржника — фізичної особи та двох розмірів прожиткового мінімуму — з юридичної особи (у чинній редакції — двох мінімальних розмірів заробітної плати).

Встановлення ж мінімального розміру авансового внеску законопроектом так само не передбачено, хоча його доцільно було б встановити на рівні мінімального розміру витрат виконавчого провадження, які у будь-якому разі витрачаються при примусовому виконанні.

Цей законопроект звільняє від сплати авансового внеску органи місцевого самоврядування, а також інші органи та особи, уповноважені законом видавати виконавчі документи, у разі звернення до примусового виконання цих документів.

ЗАХИСТ ЧЕСТІ, ГІДНОСТІ ТА ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ ПУБЛІЧНОЇ ОСОБИ У РІШЕННЯХ ЄСПЛ



Дмитро Харко, адвокат, Адвокатське бюро «Раков і партнери», к. ю. н.

Загальновідомо, що будь-яке право — це, в першу чергу, «міра» можливої поведінки. Тобто кожен суб'єкт наділений можливістю реалізовувати «своє право» у певних межах, системах координат, адже несумлінне, необачливе його застосування або ж взагалі зловживання правом безпосередньо призводить до порушення прав, свобод та законних інтересів інших суб'єктів.

Не є виключенням і право на збір та поширення інформації, активним суб'єктом у реалізації якого є засоби масової інформації, зокрема й журналісти та репортери.

Згідно з ч. 1 ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹ від 04.11.50 р. кожен має *право на свободу вираження поглядів*. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів.

У цьому контексті одразу слід наголосити, що, на нашу думку, чи не першочерговим ключовим завданням професійної журналістики є сприяння у формуванні освіченої громадськості, що за умов протистояння у гібридній, інформаційній агресії є особливо важливим. Це можливе шляхом пошуку об'єктивної істини, всебічного та, насамперед, *справедливого відображення суспільно важливих подій. Справедливість* — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його, як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права (абз. 3 п.п. 4.1 п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 02.11.04 р. № 15-рп/2004).

Реалізація права на свободу вираження поглядів одночасно взаємопов'язане з існуванням певних обов'язків, відповідальністю та може підлягати пев-

ним формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду (ч. 2 ст. 10 Конвенції).

Як бачимо, встановлена свобода у вираженні поглядів є ключовим надбанням демократичної політико-правової моделі суспільних відносин, проте абсолютна, безмежна свобода (зокрема, щодо вираження поглядів, поширення інформації) неминуче матиме своїм наслідком посягання на права, свободи та законні інтереси інших суб'єктів, що у випадку поширення інформації відносно певної публічної особи матиме наслідком формування суспільної думки, тобто суспільного сприйняття у певному, заздалегідь спланованому, штучному форматі й контексті, який не відповідатиме дійсному, об'єктивному та реально-існуючому інформаційному змісту, позаяк єдиною

¹ Далі за текстом — Конвенція.



метою в такому випадку може бути поширення заздалегідь не перевіреної інформації.

А тому стає очевидним, що саме з метою дотримання балансу між правом на поширення поглядів, інформації та недопущенням зловживання або ж недобросовісної, несумлінної реалізації такого права, що може призвести до порушення прав та свобод інших суб'єктів, зокрема у вигляді зазіхання на честь, гідність та ділову репутацію, ст. 10 доповнено частиною 2 щодо умов, обмежень та відповідальності у реалізації свободи на вираження поглядів.

Особливості правозастосування змісту ч. 2 ст. 10 Конвенції знайшло своє відображення у ряді рішень Європейського суду з прав людини².

Так, у пунктах 72 та 83 рішення ЄСПЛ від 19.06.03 р. у справі «Педерсен і Бадсгард проти Данії»³ судом зауважено, що ст. 10 Конвенції захищає право журналістів на поширення інформації за умови, що вони діють добросовісно та на підставі перевірених фактів і надають «достовірну й точну» інформацію відповідно до вимог журналістської етики. Стаття 10 не містить у собі нічим не обмеженої свободи у вираженні поглядів, навіть щодо питань, які становлять серйозний суспільний інтерес. Згідно з ч. 2 ст. 10 Конвенції здійснення такої свободи може викликати «обов'язки та відповідальність», які поширюються в тому числі й на друковані ЗМІ. Такі «обов'язки і відповідальність» неминуче набувають значення, коли (як у вищевказаній справі) першочерговим постає питання про зазіхання на ділову репутацію, честь і гідність відповідної особи та порушення «прав інших осіб».

Як бачимо, у цьому рішенні ЄСПЛ зроблено наголос на тому, що для дотримання балансу між правом на поширення ідей, свободою висловлювань та захистом репутації, честі і гідності інших осіб ключове значення має саме добросовісність дій представників ЗМІ у поширенні інформації. Це виражається у перевірці достовірності поширюваних фактів, адже поширювані дані повинні бути дійсними, чіткими та достовірними. Іншими словами, ЗМІ, зокрема й друковані, у своїй беззаперечно важливій та необхідній для демократич-

ного суспільства діяльності повинні проявляти свою професійну обачливість, розумність та обережність.

Крім того, на нашу думку, вкрай важливо враховувати зміст п. 33 рішення ЄСПЛ від 11.01.05 р. у справі «Халіс проти Туреччини»⁴, де зауважено, що *суд зобов'язаний розглянути* потенційне втручання (на честь, гідність, ділову репутацію), беручи до уваги всі обставини справи, *включно зміст опублікованої статті і контекст, в якому вона була розповсюджена*.

Надалі Європейським судом у п. 32 рішення ЄСПЛ від 09.01.07 р. у справі «Комерсант Молдови проти Молдови»⁵, окреслено вкрай важливе значення «обов'язку та відповідальності» (щодо *достовірної і чіткої інформації* за ч. 2 ст. 10 Конвенції), які також поширюються і на пресу, зазначивши, що *такі обмеження набувають особливого значення, коли, як у цьому випадку, виникає тема загрози національній безпеці і територіальній цілісності держави*.

Тобто у п. 32 вказаного рішення ЄСПЛ акцентовано увагу, що *питання добросовісності поширення інформації та її чіткості, достовірності* (як ключових елементів «обов'язків і відповідальності» за ч. 2 ст. 10 Конвенції) набуває особливого значення, якщо поширювана інформація стосується національної безпеки і територіальної цілісності. У цьому пункті ЄСПЛ повторно констатував, що захист гарантовано журналістам у ст. 10 Конвенції щодо поширення інформації, яка становить суспільний інтерес, обумовлена в першу чергу добросовісністю журналістів у наданні точної і надійної інформації у відповідності з професійною журналістською етикою.

Не менш важливим, на наш погляд, є зміст пунктів 102 — 104 рішення ЄСПЛ від 10.12.07 р. у справі «Штолль проти Швейцарії»⁶, де зауважено, що обсяг «обов'язків і відповідальності» при реалізації свободи вираження поглядів залежить від їхнього становища та технічних засобів, що використовують журналісти.

Вказуючи на таку деталь ЗМІ, як «*становище та технічні засоби*» для визначення обов'язків

² Далі за текстом — ЄСПЛ.

³ Pedersen and Baadsgaard v. Denmark (№ 49017/99).

⁴ Halis v. Turkey (№ 30007/96).

⁵ Kommersant Moldovyy. Moldova (№ 41827/02).

⁶ Stoll v. Switzerland (№ 69698/01).



і відповідальності, ЄСПЛ, очевидно, виходив з критерію кількісного обсягу читачів, географічного поширення інформації, а також рівня репутаційного становища друкованого видання, що у своїй сукупності утворює «серйозність довіри» читача (споживача поширюваної інформації) до певного друкованого видання. А тому у п. 104 наведеного рішення у справі «Штоль проти Швейцарії» вказано, що ці міркування мають особливо важливе значення сьогодні з огляду на вплив засобів масової інформації в сучасному суспільстві: ЗМІ не лише інформують, а також, подаючи інформацію у певний спосіб, налаштовують, як варто оцінювати її. У світі, де людина зіштовхується з величезною кількістю інформації, поширюваної через традиційні й електронні ЗМІ за участю все більшого числа гравців, контроль за дотриманням журналістської етики набуває ще більшого значення (щодо усталеного в практиці ЄСПЛ принципу, за яким *Конвенцію потрібно тлумачити у світлі сучасних умов...*).

Також слід брати до уваги зміст п. 50 рішення ЄСПЛ від 29.03.16 р., заява № 56925/08, у справі «Беда проти Швейцарії»⁷, де знову ж таки наголошено на суттєвій ролі преси у демократичному суспільстві, але водночас зроблено наголос, що хоча вона (преса) *не може виходити за певні межі*, які стосуються, зокрема, *репутації та прав інших осіб*, а також необхідності запобі-

гання розголошенню інформації, отриманої конфіденційно, тим не менш її (преси) обов'язком є передавати у спосіб, *сумісний з її обов'язками та відповідальністю*, інформацію та ідеї з усіх питань, що становлять суспільний інтерес (тобто поширювати достовірну, чітку та перевірену інформацію, будучи при цьому обачливим та обережним).

Крім того, на думку автора, цікавим є зміст п. 69 рішення ЄСПЛ від 21.07.11 р. у справі «Гайніш проти Німеччини»⁸, де суд акцентував увагу на тому, що *мотиви*, якими керується працівник, розкриваючи інформацію, *є ще одним визначальним критерієм під час прийняття рішення про те, чи повинно конкретне розкриття бути захищеним*. Наприклад, *дія, мотивом якої є особиста образа, особистий антагонізм чи очікування особистої вигоди, у тому числі грошової вигоди, не виправдала б особливо сильного рівня захисту*. Важливо встановити, що, розкриваючи інформацію, особа діяла сумлінно та вірила, що така інформація правдива, а її оприлюднення зумовлене інтересами громадськості, крім того, цій особі не доступні жодні інші більш обережні способи усунення порушення.

Таким чином, на думку автора, добросовісність представників ЗМІ у поширенні точної і надійної інформації є ключовим елементом *справедливого та об'єктивного відображення суспільно важливих подій*.

⁷ Bédat v. Switzerland (№56925/08).

⁸ Heinisch v. Germany (№ 28274/08).



ПИТАННЯ СПАДКОВОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА У КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИНАХ: ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ



Олег Печений, доцент кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, к. ю. н.

Проблеми переходу корпоративних прав при спадкуванні, створення і функціонування механізму правонаступництва є досить актуальними для сучасного ринкового середовища, обігу корпоративної власності, цінних паперів, судової і нотаріальної практики. При цьому спадкування виступає лише однією з підстав правонаступництва, але досить специфічною, що зумовлено його природою як переходу прав і обов'язків померлої фізичної особи (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців). Для корпоративних відносин має забезпечуватись правонаступництво у порядку спадкування, що є загальновизнаним для права європейських країн, цивільні кодекси

та інші законодавчі акти яких закріплюють відповідні механізми та процедури. Взаємодія спадкових і корпоративних відносин має розглядатися з урахуванням того, що спадкове правовідношення, об'єктом якого є корпоративні права, не відрізняється від будь-яких інших спадкових відносин і регулюється загальними положеннями законодавства про спадкування, а з іншого — у практиці правозастосування виникає потреба в існуванні норм спеціального корпоративного законодавства, що врегулювали б суспільні відносини, які виникають при спадкуванні корпоративних прав¹.

Аналіз чинного цивільного законодавства України та практики його застосування у площині дії механізму спадкування у корпоративних правовідносинах дозволяє виділити коло проблем, які існують у цій сфері. По-перше, відсутній чітко визначений предмет спадкування, адже немає чіткої та однозначної відповіді, що саме включається до складу спадщини і переходить до спадкоємців (право на акції, частку у статутному капіталі, пай, корпоративне право, право засновника, права щодо юридичної особи тощо). По-друге, за часів побудови ринкової економічної моделі склалася організаційно незбалансована система юридичних осіб, що зумовлює хибну різноманітність їх організаційно-правових форм (господарські товариства, приватні підприємства, фермерські господарства та ін.) у поєднанні із різним характером та правовою природою прав їхніх учасників, різним змістом установчих документів, часом прийняття та змістом законодавства, що регулює

діяльність цих юридичних осіб. По-третє, недостатньо визначені процедурні аспекти спадкування, зокрема існує невизначеність порядку здійснення спадкоємцями своїх прав у відносинах із товариством. Ще однією проблемою є недостатність механізмів охорони прав спадкоємців і самої юридичної особи у випадку смерті носія прав щодо організації (наприклад, вжиття заходів з охорони прав на спадщину, укладання договорів управління часткою у статутному капіталі тощо).

Наразі в економічному обороті склалася ситуація, коли найбільш ефективним та врегульованим на законодавчому рівні, із сприйняттям практикою, є механізм спадкування корпоративних прав у вигляді права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю.

Зазначена організаційна форма визнається найбільш прийнятною і законодавцем, і практикою. Тому досить важливою подією в українському юридичному

¹ Корпоративне право України: проблеми теорії і практики: монографія / [В. А. Васильєва, А. В. Зеліско та ін.]; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої; Нац. акад. правових наук України, Науково-дослід. ін-т приват. права і підприємств ім. акад. Ф. Г. Бурчака, Лабораторія проблем корпорат. права, ДВНЗ «Прикарпатський нац. ун-т ім. В. Стефаника», Навчально-наук. юрид. ін-т. Івано-Франківськ: Супрун В. П., 2017. 612 с.

середовищі слід визнати прийняття Закону України від 06.02.18 р. № 2275 «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»², який покликаний модернізувати різні аспекти функціонування корпоративних відносин як у товариствах з обмеженою відповідальністю³, так і товариствах з додатковою відповідальністю⁴, у тому числі і питання переходу корпоративних прав. У цій публікації буде здійснено спробу аналізу проблемних аспектів правонаступництва у корпоративних відносинах, у тому числі і при спадкуванні.

За час, що минув з моменту прийняття Закону України від 19.09.91 р. № 1576 «Про господарські товариства»⁵ і Цивільного кодексу України⁶ сформувалася система законодавства про господарські товариства, склалася відповідна практика його застосування. Під впливом нового Закону зазнає змін законодавство про господарські товариства, певної динаміки зазнає судова практика. Вже зараз можемо навести роз'яснення вищих судових органів, які підлягають перегляду у зв'язку із новим Законом.

ОСНОВНІ ЗАКОНОДАВЧІ АКТИ, ЯКИМИ РЕГУЛЮЮТЬСЯ ПИТАННЯ ПЕРЕХОДУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ, У ТОМУ ЧИСЛІ У ПОРЯДКУ СПАДКУВАННЯ

Нормативно-правовий акт	Окремі особливості змісту та застосування
Закон України від 19.09.91 р. № 1576 «Про господарські товариства»	Втрачає чинність у частині, що стосується ТОВ та ТДВ (ст. 2 розд. VIII Прикінцеві та перехідні положення Закону № 2275)
Закон України 23.03.17 р. № 1984 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів»	Введено в законодавчий обіг можливість <i>придбання права на одностороннє розірвання договору</i> , сторони договору купівлі-продажу можуть домовитися, що одна сторона придбає в іншій право розірвати цей договір в односторонньому порядку (ст. 658 ¹ ЦК). Запроваджено договір про реалізацію прав учасників (засновників) ТОВ, який є обов'язковим лише для його сторін (ст. 51 ¹ Закону № 1576). Права і обов'язки за цим договором не можуть переходити до спадкоємців і правонаступників на підставі п. 5 ч. 1 ст. 1219 ЦК
Закон України від 06.02.18 р. № 2275 «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»	Закон визначає правовий статус ТОВ та ТДВ, порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників. Законом регламентуються процедури створення товариства, статутний капітал та вклади учасників, управління товариством, значні правочини та правочини, щодо вчинення яких є заінтересованість, виділ та припинення товариства

РОЗ'ЯСНЕННЯ СУДОВИХ ОРГАНІВ, ЯКІ СТОСУЮТЬСЯ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН І ЯКІ ПОТРЕБУЮТЬ ПЕРЕГЛЯДУ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ПРИЙНЯТТЯМ ЗАКОНУ № 2275

Назва документа	Роз'яснення, що стосується переходу корпоративних прав	Співвідношення із Законом № 2275
Постанова Пленуму ВСУ від 30.05.08 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»	Пункт 9. Вирішуючи спір про спадкування частки учасника підприємницького товариства, необхідно враховувати, що це допускається ст. 130, 147, 166 ЦК, ст. 55, 69 Закону № 1576 і не підпадає під заборону п. 2 ч. 1 ст. 1219 ЦК. <i>При цьому спадкується не право на участь, а право на частку в статутному (складеному) капіталі</i>	Законом не передбачено відокремлення права на участь як такого. Відповідно до спадкоємців <i>переходить право на частку</i>

² Далі за текстом — Закон № 2275.

³ Далі за текстом — ТОВ.

⁴ Далі за текстом — ТДВ.

⁵ Далі за текстом — Закон № 1576.

⁶ Далі за текстом — ЦК.



Назва документа	Роз'яснення, що стосується переходу корпоративних прав	Співвідношення із Законом № 2275
Постанова Пленуму ВСУ від 24.10.08 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів»	<p>Пункт 30. Прийняття рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) учасника до ТОВ (ТДВ) належить до компетенції загальних зборів учасників товариства. При визначенні порядку і способу обчислення вартості частини майна товариства та частини прибутку, яку має право отримати учасник при виході (виключенні) з ТОВ (ТДВ), а також порядку і строків їх виплати господарські суди мають застосовувати відповідні положення установчих документів товариства.</p> <p>У випадку неврегульованості в установчих документах вартість частини майна товариства, що підлягає виплаті, повинна відповідати вартості чистих активів товариства, що визначається в порядку, встановленому законодавством, пропорційно його частці в статутному капіталі товариства на підставі балансу, складеного на дату виходу (виключення). Розрахунок належної учаснику частини прибутку здійснюється на дату виходу (виключення) з товариства. У разі, якщо учасник не повністю вніс (не повністю оплатив) свій вклад до статутного капіталу товариства, йому виплачується дійсна вартість частки пропорційно внесеній (оплаченій) частині вкладу. Якщо при вирішенні спору буде встановлено, що на момент виходу (виключення) учасника у товариства відсутні чисті активи, господарський суд відмовляє у відповідному позові у зв'язку з відсутністю в товариства майна, що підлягає виплаті.</p> <p>Відповідно до ч. 5 ст. 147 ЦК аналогічно визначається вартість частини майна ТОВ (ТДВ), яка підлягає видачі або виплаті правонаступнику юридичної особи-учасника товариства або спадкоємцю фізичної особи-учасника у випадку відмови правонаступника (спадкоємця) від вступу до товариства або відмови у прийнятті до товариства. Її вартість визначається на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника (ст. 55 Закону № 1576)</p>	Ч. 1 ст. 23 Закону
Постанова Пленуму ВГСУ від 25.02.16 р. № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин», із змінами, внесеними згідно з постановою ВГСУ № 7 від 14.07.16 р.	<p>Пункт 2.30. 3 огляду на положення ч. 5 ст. 53 Закону № 1576 та ст. 8 ЦК (аналогія закону), до вирішення питання про вступ (прийняття) спадкоємців (правонаступників) померлого (ліквідованого) учасника правомочність загальних зборів учасників визначається без урахування частки в статутному капіталі, яка належала померлому (ліквідованому) учаснику. Отже, у такому разі під час встановлення правомочності загальних зборів учасників слід враховувати голоси інших учасників товариства, які без голосів, що припадають на частку померлого (ліквідованого) учасника, становлять у сукупності 100 % голосів, що мають враховуватися під час визначення кворуму.</p> <p>Пункт 4.7. За змістом ст. 130, 147 і 166 ЦК та ст. 55 і 69 Закону № 1576, якими передбачено спадкування саме частки учасника господарського товариства, у разі смерті (ліквідації) учасника ТОВ (ТДВ) спадкоємцем (правонаступником) спадкується не право на участь, а право на частку в статутному</p>	Ст. 23 Закону



Назва документа	Роз'яснення, що стосується переходу корпоративних прав	Співвідношення із Законом № 2275
	<p>(складеному) капіталі. Частиною 5 ст. 147 ЦК закріплено право учасників ТОВ або ТДВ передбачити у статуті товариства необхідність отримання згоди інших учасників товариства на перехід частки у статутному капіталі до спадкоємця фізичної особи або правонаступника юридичної особи. Після набуття частки в статутному капіталі у спадкоємців (правонаступників) виникає переважне право вступу до цього товариства, передбачене ст. 55 Закону № 1576, проте у цьому разі не йдеться про автоматичне набуття такими спадкоємцями права участі в товаристві. Прийняття рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) до складу учасників ТОВ (ТДВ) належить до компетенції загальних зборів учасників товариства. Отже, лише після прийняття вищим органом ТОВ (ТДВ) позитивного рішення спадкоємець (правонаступник) частки у статутному капіталі може стати учасником відповідного товариства. У свою чергу, товариство може відмовитися від прийняття спадкоємця (правонаступника) до складу учасників. Чинне законодавство не обмежує ТОВ (ТДВ) у такому праві. У разі відмови правонаступника (спадкоємця) від вступу до ТОВ (ТДВ) або відмови товариства у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) йому видається у грошовій або натуральній формі частка у майні, яка належала померлому учаснику, реорганізованій або ліквідованій юридичній особі (спадкодавцю), вартість якої визначається на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника. У цих випадках розмір статутного капіталу товариства підлягає зменшенню.</p> <p>Пункт 4.8. Господарським судам слід мати на увазі, що голоси, які припадають на частку померлого (ліквідованого) учасника, не враховуються під час голосування з питання про прийняття спадкоємця або правонаступника до товариства, під час визначення правомочності загальних зборів для прийняття рішення про прийняття спадкоємця або правонаступника учасника товариства до цього товариства, а також під час вирішення інших питань. Отже, під час встановлення легітимності загальних зборів учасників ТОВ (ТДВ) та наявності кворуму для проведення цих зборів слід враховувати голоси інших учасників товариства, які без голосів, що припадають на частку померлого (ліквідованого) учасника, становлять у сукупності 100 % голосів, що мають враховуватися під час визначення кворуму.</p> <p><i>Прим.: Схожа практика висловлюється новим Верховним Судом, зокрема у постанові колегії суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду зазначено, що рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) до складу учасників товариства приймається на загальних зборах більшістю голосів з числа присутніх учасників, а не усіма 100 % від загальної кількості голосів учасників товариства⁷</i></p>	

⁷ Постанова колегії суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 18.04.18 р. Справа № 923/489/17 // ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73730315>.



Назва документа	Роз'яснення, що стосується переходу корпоративних прав	Співвідношення із Законом № 2275
	Пункт 4.9. Якщо спадкоємець (правонаступник) відмовився від участі у ТОВ (ТДВ) або йому було відмовлено у прийнятті до товариства, до відносин, пов'язаних з виплатою спадкоємцю (правонаступнику) вартості частки майна товариства, за аналогією застосовується ст. 54 Закону № 1576	

ЗАКОН № 2275 В СИСТЕМІ ЗАКОНОДАВСТВА

Закон № 2275 належить до базових законів, що визначають статус юридичних осіб, тому доцільно визначити його співвідношення з нормами інших законодавчих актів, перш за все з такими кодексами, як Цивільний та Господарський⁸. У самому Законі, у Прикінцевих і перехідних положеннях, це питання не знайшло остаточного та вичерпного вирішення.

Закон належить до актів цивільного законодавства, тому всі відповідні правила про дію актів цивільного законодавства стосуються і цього Закону. Так, виникає питання про співвідношення корпоративних договорів, інших локальних актів, установчих документів товариств і положень актів цивільного законодавства. ЦК містить правила щодо співвідношення актів цивільного законодавства і договору (ст. 6 ЦК), за якими сторони у договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо зазначено про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Зазначені ч. 1 — 3 ст. 6 ЦК положення застосовуються і до односторонніх правочинів. Виникає запитання: чи поширюється право на відступлення від положень актів цивільного законодавства, окрім договорів та односторонніх правочинів, ще й на статuti юридичних осіб, зокрема ТОВ та ТДВ? Інакше кажучи, чи допускається у статуті або іншому акті товариства відступлення від положень актів цивільного законодавства, навіть і тоді, коли відповідна правова норма не містить застереження на кшталт «якщо інше не передбачено установчими документами товариства»?

Виходячи з положень та сенсу ст. 6 ЦК при прийнятті статуту учасники можуть відступити від норм цивіль-

ного законодавства, навіть і тоді, коли в цих нормах немає зазначення про те, що інше регулювання може передбачатися статутами товариств. Тому, на нашу думку, більшість норм нового Закону слід розглядати як диспозитивні, що істотно розширює локальне правове регулювання ТОВ чи ТДВ.

У межах предмета публікації виникає питання про диспозитивний чи імперативний характер ст. 23 Закону, у якій йдеться про перехід частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства без згоди учасників товариства. На користь диспозитивного характеру цієї статті свідчить загальнодозвольна ідеологія Закону, що спрямована на мінімізацію законодавчих заборон та обмежень, із залишенням лише тих, які стримують від недобросовісної поведінки.

Отже, чи можемо ми допустити, що відповідно до статуту товариства перехід частки до спадкоємця або правонаступника померлого учасника буде здійснено лише за згодою товариства? При цьому незалежно від наявності аргументів різного ступеня переконливості, відповідно за чи проти такого положення статуту, не можна відкидати того, що на практиці чимало товариств будуть вносити до своїх статутів таке положення з тим, щоб позбутися нових небажаних учасників. Але слід мати на увазі, що норма про перехід частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства лише за згодою учасників товариства не в повній мірі узгоджується з нормами спадкового права, зокрема ст. 1216, 1218 ЦК, правовою природою спадкування, сама сутність якого не пов'язує перехід прав і обов'язків спадкодавця до спадкоємців із отриманням згоди будь-яких третіх осіб. Тому тут постає питання про порушення спадкових прав спадкоємців. Відповідно, важливо визначити (принаймні, на рівні статуту товариства) наслідки ненадання учасниками товариства згоди на перехід частки до спадкоємця.

⁸ Далі за текстом — ГК.



Зокрема, визнання спадкодавця таким, що вибув з кола учасників товариства з виплатою його спадкоємцям вартості його частки. Очевидно, що питання про імперативний чи диспозитивний характер положень нового Закону буде привертати увагу суб'єктів правозастосування.

Використання за допомогою статуту норми Закону як диспозитивної слід відмежовувати від ситуацій, коли статут не містить положень, що є обов'язкові згідно із Законом. За законодавством України це може бути підставою для відмови у реєстрації товариства як юридичної особи (п. 4 ч. 1 ст. 28, п. 2 ч. 1 ст. 27, п. 8 ч. 1 ст. 15 Закону України від 15.05.03 р. № 755 «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань»).

Натомість в європейському корпоративному праві існує конструкція «недійсності компанії», про що йдеться у відповідних директивах ЄС. Так, відповідно до п. 2 ст. 11 Першої директиви товариство може бути визнане недійсним, якщо статут товариства не містить відомостей про найменування товариства, про внески, про розмір статутного капіталу чи про мету діяльності товариства. Недійсним товариство визнається тільки за рішенням суду і має

наслідком його ліквідацію. При цьому недійсність поширюється тільки на майбутнє («ex nunc») і сама собою не впливає на дійсність зобов'язань товариства перед третіми особами і зобов'язань третіх осіб перед товариством⁹.

Закон № 2275 у гл. VIII «Прикінцеві та перехідні положення» не містить норми, за якою всі інші акти законодавства застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону. Тому у випадку виникнення колізій між нормами Закону та інших законодавчих актів вони вирішуються на загальних підставах, жодних переваг у застосуванні Закон щодо інших законодавчих актів, у тому числі ЦК та ГК, немає.

ОСОБЛИВОСТІ ПЕРЕХОДУ ПРАВ НА ЧАСТКУ У ПОРЯДКУ СПАДКУВАННЯ

Після прийняття нового Закону в експертному середовищі визначено основні досягнення нового Закону, серед яких і механізм переходу частки у статутному капіталі товариства до спадкоємців без згоди учасників товариства. Перед тим як здійснити аналіз цього механізму, звернемося до динаміки законодавства, що визначає перехід частки у статутному капіталі товариства.

ДИНАМІКА ЗАКОНОДАВЧОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПЕРЕХОДУ ЧАСТКИ У СТАТУТНОМУ КАПІТАЛІ ТОВ (ТДВ)

ЦК	<p><i>Стаття 147 ЦК (виключена згідно із Законом № 2275)</i></p> <p>Стаття 147. Перехід частки (її частини) учасника у статутному капіталі ТОВ до іншої особи.</p> <p>1. Учасник ТОВ має право продати чи іншим чином відступити свою частку (її частину) у статутному капіталі одному або кільком учасникам цього товариства.</p> <p>2. Відчуження учасником ТОВ своєї частки (її частини) третім особам допускається, якщо інше не встановлено статутом товариства. Учасники ТОВ користуються переважним правом купівлі частки (її частини) учасника пропорційно до розмірів своїх часток, якщо статутом товариства чи домовленістю між учасниками не встановлений інший порядок здійснення цього права. Купівля здійснюється за ціною та на інших умовах, на яких частка (її частина) пропонувалася для продажу третім особам. Якщо учасники ТОВ не скористаються своїм переважним правом протягом місяця з дня повідомлення про намір учасника продати частку (її частину) або протягом іншого строку, встановленого статутом товариства чи домовленістю між його учасниками, частка (її частина) учасника може бути відчужена третій особі.</p> <p>3. Частка учасника ТОВ може бути відчужена до повної її сплати лише у тій частині, в якій її уже сплачено.</p> <p>4. У разі придбання частки (її частини) учасника самим ТОВ воно зобов'язане реалізувати її іншим учасникам або третім особам протягом строку та в порядку, встановлених статутом і законом, або зменшити свій статутний капітал відповідно до ст. 144 ЦК</p>
----	--

⁹ Дубовицкая Е. А. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 110.



	5. Частка у статутному капіталі ТОВ переходить до спадкоємця фізичної особи або правонаступника юридичної особи — учасника товариства, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства. Розрахунки із спадкоємцями (правонаступниками) учасника, які не вступили до товариства, здійснюються відповідно до положень ст. 148 ЦК
Закон України «Про господарські товариства»	<i>Стаття 55 Закону (втратила чинність у частині, що стосується ТОВ та ТДВ)</i> Стаття 55. Правонаступники (спадкоємці) учасника ТОВ. При реорганізації юридичної особи, учасника товариства, або у зв'язку із смертю громадянина, учасника товариства, правонаступники (спадкоємці) мають переважне право вступу до цього товариства. При відмові правонаступника (спадкоємця) від вступу до ТОВ або відмові товариства у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) йому видається у грошовій або натуральній формі частка у майні, яка належала реорганізованій або ліквідованій юридичній особі (спадкодавцю), вартість якої визначається на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника. У цих випадках розмір статутного капіталу товариства підлягає зменшенню
Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»	Стаття 23. Перехід частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства. 1. У разі смерті або припинення учасника товариства його частка переходить до його спадкоємця чи правонаступника без згоди учасників товариства. 2. У разі смерті, оголошення судом безвісно відсутнім або померлим учасника — фізичної особи чи припинення учасника — юридичної особи, частка якого у статутному капіталі товариства становить менше 50 %, та якщо протягом року з дня закінчення строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством, спадкоємці (правонаступники) такого учасника не подали заяву про вступ до товариства відповідно до закону, товариство може виключити учасника з товариства. Таке рішення приймається без врахування голосів учасника, який виключається. Якщо частка такого учасника у статутному капіталі товариства становить 50 % або більше, товариство може приймати рішення, пов'язані з ліквідацією товариства, без врахування голосів цього учасника. <i>Частина 2 ст. 23 цього Закону набирає чинності через один рік з дня набрання чинності Законом.</i> <i>На відміну від ч. 5 ст. 147 ЦК, ч. 1 ст. 23 Закону закріплює положення про перехід частки до спадкоємця чи правонаступника без згоди учасників товариства та не містить правила, що інше (наприклад, наявність згоди учасників) може бути передбачено статутом товариства</i>

Як бачимо, ключовим моментом нового механізму переходу корпоративних прав до спадкоємців є перехід частки до спадкоємця чи правонаступника без згоди учасників товариства.

Частиною 2 ст. 23 Закону № 2275 передбачено, що у разі смерті, оголошення судом безвісно відсутнім або померлим учасника — фізичної особи чи припинення учасника — юридичної особи, частка якого у статутному капіталі товариства становить менше 50 %, та якщо протягом року з дня закінчення строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством, спадкоємці (правонаступники) такого учасника не подали заяву про вступ до товариства відповідно до закону, товариство може виключити учасника з товариства.

Якщо частка такого учасника у статутному капіталі товариства становить 50 % або більше, товариство може приймати рішення, пов'язані з ліквідацією товариства, без врахування голосів цього учасника.

Наведена норма викликає низку зауважень, які висловлювалися ще на стадії законопроектних робіт.

По-перше, положення ст. 23 Закону щодо переходу частки спадкоємця без згоди інших учасників слід розуміти так, що цей перехід передбачає можливість самостійного внесення за заявою спадкоємця інформації до відповідних реєстрів про набуття ним корпоративних прав. Отримавши у нотаріуса свідоцтво про право на спадщину, спадкоємець повинен мати змогу самостійно подати заяву про внесення відповідних відомостей до державного реєстру юридичних осіб,



фізичних осіб — підприємців та громадських формувань. Тому цій нормі бракує певних процесуальних і процедурних положень.

По-друге, має місце певна невідповідність ч. 1 та 2 цієї статті, оскільки, з одного боку, йдеться про перехід частки без згоди учасників товариства, а з іншого — у ч. 2 все ж таки зазначено на необхідність подання *спадкоємцем заяви про вступ до товариства* відповідно до закону. Очевидно, про необхідність подання такої заяви може йтися лише у тому разі, коли спадкоємець протягом визначених цією статтею строків (один рік з дня закінчення строку для прийняття спадщини) не оформив спадкових прав і не отримав свідоцтва на право на спадщину на частку у статутному капіталі.

По-третє, йдеться про встановлення строку для отримання такого свідоцтва, що не узгоджується із нормами спадкового права. У зауваженнях Головного юридичного управління від 09.01.18 р. вказано, що зазначене положення порушує право особи на спадкування частки спадкодавця у статутному капіталі та є алогічним, оскільки ЦК не передбачено кінцевих строків одержання свідоцтва про право на спадщину. Так, відповідно до ст. 1296 ЦК спадкоємець, який прийняв спадщину, може одержати свідоцтво про право на спадщину. Відсутність цього свідоцтва не позбавляє спадкоємця права на спадщину. Крім того, строк видачі свідоцтва про право на спадщину є необмеженим (ст. 1298 ЦК). Отже, ст. 23 щодо наслідків «тривалої бездіяльності» спадкоємця або правонаступника учасника товариства потребує узгодження із нормами ЦК щодо спадкування¹⁰.

Строк прийняття спадщини встановлено ЦК України, а саме ст. 1270 цього Кодексу, а тому правова конструкція «строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством», використана в тексті ч. 2 ст. 23 Закону, не узгоджується із нормами ЦК України.

Утім, наразі Верховний Суд зазначив, що *законодавство не обмежує право спадкоємців на оформлення*

свідоцтва певними строками. Спадкоємці, які прийняли спадщину, мають право звернутися із заявою про одержання свідоцтва у будь-який час після прийняття спадщини. *Оформлення свідоцтва є правом, а не обов'язком спадкоємців*. Факт неоформлення спадкових прав не тягне за собою втрату права на спадкове майно, якщо воно було прийнято у встановлений законом строк і встановленим законом способом, а лише обмежує його право на розпорядження спадщиною. Факт одержання статусу спадкоємця учасника товариства лише засвідчує *перехід до спадкоємця майнових прав померлого* (частка у статутному капіталі, яка належала померлому учаснику товариства) *та дає спадкоємцю право на вступ до господарського товариства*. Право ж безпосередньої участі в управлінні господарським товариством (корпоративні права) спадкоємці набувають *тільки з моменту вступу до господарського товариства*, що має бути підтверджено відповідним рішенням загальних зборів товариства.

Враховуючи, що спадкоємцем спадкується не право на участь, а *право на частку в статутному (складеному) капіталі*, спадщина належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини (день смерті особи (спадкодавця)), а питання прийняття (відмови) спадкоємця до товариства відноситься до компетенції загальних зборів товариства. Відсутність у спадкоємця свідоцтва про право на спадщину не може бути підставою для відмови спадкоємцю в переважному праві вступу до складу учасників товариства та може бути підставою для прийняття рішення про відмову у прийнятті спадкоємця, у зв'язку з недоведеністю наявності в останнього права на конкретний розмір частки¹¹.

З урахуванням того, що новий Закон передбачає перехід частки до спадкоємців без згоди інших учасників, відпадає необхідність підтвердження вступу спадкоємця до кола учасників відповідним рішенням загальних зборів товариства, тому наведена практика судів має бути скорегована.

¹⁰ Зауваження Головного юридичного управління від 09.01.18 р. до проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (повторне друге читання). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59093.

¹¹ Постанова колегії суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 28.03.18 р. Справа № 903/565/16 // ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73194294>.



ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ



Ольга Розгон,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін та правового забезпечення підприємницької діяльності Харківського економіко-правового університету, доцент, к. ю. н., сертифікований експерт НААУ

Проблема визначення місця проживання дитини все частіше постає у випадках не лише окремого проживання матері та батька дитини, а й окремого проживання самої дитини від батьків.

Для початку звернемо увагу на необхідність розрізнення таких понять як: «*право на житло*», що є державно-правовою категорією, а також суб'єктивним конституційним правом; «*право на житлову площу*», яке є цивільно-правовою категорією; «*право на проживання з батьками*», що стосується більшою мірою сфери сімейного права¹.

Закон України від 11.12.03 р. № 1382 «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»² (п. 6 ч. 1 ст. 3), на відміну від Цивільного кодексу України,³ розрізняє «*місце проживання*» і «*місце перебування*», виходячи зі строків перебування особи в певному місці.

ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТЕРМІНІВ «МІСЦЕ ПРОЖИВАННЯ» І «МІСЦЕ ПЕРЕБУВАННЯ»

Нормативно-правовий акт та відповідна норма	Короткий аналіз норми закону
Частина 1 статті 29 ЦК <i>Місце проживання</i> включає в себе постійне, переважне або тимчасове місце проживання	Виходячи з аналізу змісту Закону України від 19.06.92 р. № 2482 «Про приватизацію державного житлового фонду» ⁴ у поєднанні з нормами ст. 1, 6, 9, 61 Житлового кодексу України ⁵ і ст. 29 ЦК, <i>місцем постійного проживання</i> особи є житлове приміщення, в якому особа постійно проживає, має передбачені ст. 64 ЖК права користування цим приміщенням і на яке за особою зберігається це право у разі тимчасової відсутності (у випадках, передбачених ст. 71 ЖК), а отже, і право на приватизацію разом з іншими членами сім'ї. Законодавчо хоча й закріплені норми не тільки про постійне, але й про переважне та тимчасове місце проживання, однак здебільшого правові наслідки пов'язуються саме з <i>постійним місцем проживання</i> , тобто з місцем реєстрації (прописки)

¹ Нечаева А. М. Защита прав ребенка в рамках семейного законодательства России / А. М. Нечаева // Право и политика. 2004. № 4. С. 128.

² Далі за текстом — Закон № 1382.

³ Далі за текстом — ЦК.

⁴ Далі за текстом — Закон № 2482.

⁵ Далі за текстом — ЖК.



Нормативно-правовий акт та відповідна норма	Короткий аналіз норми закону
	<p>До 2001 року юридичне підтвердження постійного місця проживання фізичної особи регулювалось інститутом прописки.</p> <p>Конституційний Суд України у рішенні від 14.11.01 р. № 15-рп/2001 визначив, що не є неконституційним положення п.п. 1 п. 4 Положення про паспортну службу органів внутрішніх справ, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України⁶ від 10.10.94 р. № 700⁷, <i>щодо прописки (виписки)</i>, згідно з яким паспортна служба органів внутрішніх справ застосовувала як загальне правило дозвільний порядок вибору особою місця проживання. Це рішення стало підставою для внесення змін до низки законів та передумовою появи Закону № 1382.</p> <p>У результаті законодавчих змін прописки, що мала дозвільний характер, була замінена на реєстрацію та облік громадян за обраним ними місцем проживання, яка має повідомний характер.</p> <p>Термін «прописка» змінився на «реєстрація». Реєстрація <i>місця проживання</i> є лише фактом, який підтверджує місцезнаходження особи, і жодним чином не може вплинути на факт володіння нерухомим майном, право на яке документально підтверджується в установленому законодавством порядку</p>
<p>Стаття 3 Закону № 1382</p> <p><i>Місцем перебування</i> є адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше 6 місяців на рік</p>	<p><i>Під місцем перебування</i> мається на увазі якийсь житловий об'єкт, в якому людина перебуває тимчасово, — готель, туристична база, наймана квартира в іншому місті</p>

Згідно зі ст. 3 Закону № 1382 *реєстрація* — внесення інформації до реєстру територіальної громади, документів, до яких вносяться відомості про місце проживання/перебування особи, із зазначенням адреси житла/місця перебування із подальшим внесенням відповідної інформації до Єдиного державного демографічного реєстру⁸ в установленому КМУ порядку. Як бачимо, для закону норми щодо реєстрації стосуються місця проживання/перебування особи.

Інформація про реєстрацію місця проживання вноситься до ЄДДР.

На цей час реєстрація місця проживання та місця перебування фізичної особи здійснюється управліннями та відділами Державної міграційної служби України⁹, яка підпорядкована Міністерству внутрішніх справ України.

Інакше кажучи, ці дії виконують відповідні районні Центри надання адміністративних послуг¹⁰ при виконавчих органах місцевих державних адміністрацій, міських рад за місцем проживання фізичної особи. А в разі відсутності такого центру — територіальні підрозділи ДМС.

Відповідно до ст. 6 Закону № 1382 реєстрація місця проживання здійснюється тільки за *однією адресою*. У разі якщо особа проживає у двох і більше місцях, вона здійснює реєстрацію місця проживання за однією з цих адрес за власним вибором. За адресою зареєстрованого місця проживання з особою ведеться офіційне листування та вручення офіційної кореспонденції».

За заявою особи реєстрація *місця проживання або місця перебування* може бути здійснена з одночасним зняттям із реєстрації на попередньому місці проживання.

⁶ Далі за текстом — КМУ.

⁷ Далі за текстом — Положення № 700.

⁸ Далі за текстом — ЄДДР.

⁹ Далі за текстом — ДМС.

¹⁰ Далі за текстом — ЦНАП.



Згідно зі ст. 197 Кодексу України про адміністративні правопорушення¹¹ *проживання без реєстрації* є адміністративним правопорушенням, яке тягне за собою відповідальність у вигляді попередження або накладення штрафу від 1 до 3 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Отже, обов'язок зареєструвати місце проживання виникає після прибуття особи до нового місця проживання.

Реєстрація місця проживання дитини здійснюється відповідно до п. 18 постанови КМУ № 207 від 02.03.16 р. «Про затвердження Правил реєстрації місця проживання та Порядку передачі органами реєстрації інформації до Єдиного державного демографічного реєстру»¹².

У разі подання документів, необхідних для реєстрації **місця проживання новонародженої дитини**, через органи державної реєстрації актів цивільного стану¹³ уповноважений працівник перевіряє належність документа, що посвідчує особу батьків (усиновлювачів) або інших законних представників дитини, та документа, що підтверджує повноваження особи як законного представника, особі, яка його надала, їх дійсність, правильність заповнення заяви про реєстрацію місця проживання, наявність документів, необхідних для реєстрації місця проживання дитини, про що ним робиться відповідний запис у цій заяві. Прийняті документи не рідше одного разу на місяць передаються до відповідного органу реєстрації.

Батьки або інші законні представники зобов'язані зареєструвати місце проживання новонародженої дитини *протягом 3 місяців із дня державної реєстрації її народження*.

Виходячи з цього, обов'язок зареєструвати місце проживання новонародженої дитини передбачений законом.

На бажання батьків чи одного з них документи для реєстрації місця проживання новонародженої дитини можуть бути подані через органи РАЦС під час проведення державної реєстрації народження дитини.

Реєстрація місця проживання новонародженої дитини може здійснюватися також через органи со-

ціального захисту населення¹⁴ на підставі даних, зазначених законним представником, з яким постійно проживає дитина, у заяві про призначення допомоги при народженні дитини.

Працівник органу СЗН перевіряє документи, подані одним із батьків дитини або її законним представником, з урахуванням вимог, передбачених у п. 18 Правил реєстрації місця проживання, де зазначаються основні документи для реєстрації місця проживання особи. На підставі наданих документів працівник органу соціального захисту населення формує дані за формою згідно з додатком 12 до зазначених Правил (Заява про зняття з реєстрації місця проживання) та передає або надсилає їх до відповідного органу реєстрації. *Реєстрація місця проживання особи* проводиться в день подання нею документів.

Питання визначення місця проживання **малолітніх і неповнолітніх осіб** регулюється ст. 29 ЦК, яка визначає місце проживання фізичної особи залежно від її віку.

Визначаючи *місце проживання дитини*, батьки здійснюють своє право на особисте виховання дитини, оскільки дитина, як правило, проживає з батьками чи одним із них.

При цьому не мають значення причини роздільного проживання батьків (відсутність або розірвання шлюбу між ними, тимчасове роздільне проживання з поважних причин).

Згідно із ч. 2 ст. 3 Сімейного кодексу України¹⁵ сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки.

Однак це правило має винятки.

По-перше, *спільність проживання не є обов'язковою для подружжя*.

У ст. 3 СК, зокрема, зазначено, що подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно.

Таким чином, маємо два протилежних правила. Згідно з першим кожен із подружжя може вільно

¹¹ Далі за текстом — КпАП.

¹² Далі за текстом — Правила реєстрації місця проживання.

¹³ Далі за текстом — РАЦС.

¹⁴ Далі за текстом — орган СЗН.

¹⁵ Далі за текстом — СК.

обирати місце проживання, а згідно із другим, закріпленим у ст. 3 СК, роздільне проживання подружжя можливе лише за наявності поважних причин, в іншому ж разі подружжя не буде вважатися сім'єю.

По-друге, дитина також може не проживати разом зі своїми батьками, і це не буде впливати на її сімейний стан. В абз. 3 ч. 2 ст. 3 СК зазначено, що дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає.

Однак цей момент також викликає певні запитання. Зокрема, якщо батьки проживають окремо, то дитина може проживати з одним із них. Зрозуміло, що за таких обставин дитина вважатиметься членом сім'ї саме того з батьків, з яким вона проживає.

По-третє, права члена сім'ї має одинока особа (ч. 3 ст. 3 СК). Звісно, така особа тому і вважається одинокою, що проживає окремо від інших осіб. У зв'язку

з цим *спільність проживання* як характерна ознака сім'ї не може застосовуватися до одиноких осіб¹⁶.

Якщо батьки захочуть зареєструвати дитину, наприклад, у бабусі з дідусем, які зареєстровані окремо від них, або в іншій особі, то якщо відсутні поважні причини (припустимо, бабуся є опікуном дитини), органи ДМС мають відмовити, посилаючись на ч. 4 ст. 29 ЦК.

Відповідно до ч. 6 ст. 29 ЦК фізична особа може мати *кілька місць проживання*. Згідно із ч. 4 цієї статті *місцем проживання фізичної особи, яка не досягла 10 років*, є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає. Отже, для підтвердження місця проживання дитини може бути пред'явлено як документ, що підтверджує місце проживання саме дитини, так і документ, що підтверджує місце проживання одного з її батьків.

РЕЄСТРАЦІЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ РІЗНОГО ВІКУ

Вік дитини	Нормативно-правовий акт та відповідна норма	Короткий аналіз норми закону
Не досягла 10-річного років	Ч. 4 ст. 29 ЦК; ч. 1 ст. 160 СК Місцем проживання фізичної особи, яка не досягла 10 років, є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я, в якому вона проживає. Місце проживання дитини, яка не досягла 10 років, визначається за згодою батьків	Норма ч. 4 ст. 29 ЦК є імперативною, тобто дитина, яка не досягла 10 років, може бути зареєстрована лише за місцем проживання батьків або одного з них, опікуна чи місцезнаходження навчального закладу або закладу охорони здоров'я, в якому вона перебуває. Стаття 160 СК закріплює право батьків на визначення місця проживання дитини
Від 10 до 14 років	Ч. 3 ст. 29 ЦК; ч. 2 ст. 160 СК Місцем проживання фізичної особи у віці від 10 до 14 років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я тощо, в якому вона проживає, якщо інше місце проживання не встановлено за згодою між дитиною та батьками (усиновлювачами, опікуном) або організацією, яка виконує щодо неї функції опікуна	Дитина, яка досягла 10 років, може бути зареєстрована окремо від батьків. У разі реєстрації місця проживання батьків за різними адресами зняття з реєстрації місця проживання дитини, яка не досягла 14 років, разом з одним із батьків здійснюється за письмовою згодою другого з батьків у присутності особи, яка приймає заяву, або на підставі засвідченої в установленому порядку письмової згоди другого з батьків (крім випадків, коли місце проживання дитини визначено відповідним рішенням

¹⁶ Багач Е. М. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / Е. М. Багач, Ю. В. Білоусов. URL: <http://yport.inf.ua/simeyniy-kodeks-ukrajini-naukovo-praktichnij.html>.



Вік дитини	Нормативно-правовий акт та відповідна норма	Короткий аналіз норми закону
	<p>У разі спору місце проживання фізичної особи у віці від 10 до 14 років визначається органом опіки та піклування або судом.</p> <p>Місце проживання дитини, яка досягла 10 років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини.</p> <p>Якщо батьки проживають окремо, місце проживання дитини, яка досягла 14 років, визначається нею самою</p>	<p>суду або рішенням органу опіки та піклування).</p> <p>Відомості про дітей віком до 14 років, місце проживання яких реєструється з батьками, вносяться до заяви одного з них.</p> <p>Норми ЦК щодо місця проживання дитини цього віку уточнюються СК</p>
<p>Досягла 14-річного віку</p>	<p>Ч. 2 ст. 29 ЦК; ч. 2 і 3 ст. 21 Закону України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус»¹⁷</p> <p>Паспорт громадянина України нового зразка (<i>ID-картку</i>), що містить без-контактний електронний носій, дитина зобов'язана отримати після досягнення 14-річного віку.</p> <p>Фізична особа, яка досягла 14 років, вільно обирає собі місце проживання, за винятком обмежень, які встановлюються законом</p>	<p>Якщо дитина не досягла 16 років, подається свідоцтво про народження. Реєстрація місця проживання дітей, які є іноземцями чи особами без громадянства, здійснюється за умови внесення даних про дітей до посвідки на постійне або тимчасове проживання їх батьків та копії свідоцтва про народження. Документи, видані компетентними органами іноземних держав, підлягають легалізації в установленому порядку, якщо інше не передбачено міжнародними договорами.</p> <p>Документом, до якого вносяться відомості про місце проживання, може бути паспорт громадянина України.</p> <p>Дитина, яка досягла 14-річного віку, може обирати одне з двох місць проживання: батька або матері.</p> <p>Хоча норма ч. 2 ст. 29 ЦК вказує на вільний вибір місця проживання, але, за винятком обмежень, які встановлюються Законом «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», положення СК є спеціальними щодо норм ЦК.</p> <p>Особа, яка досягла 14-річного віку, подає заяву про реєстрацію місця проживання особисто.</p> <p>Для реєстрації місця проживання 14-річної дитини згода батьків вже не потрібна, оскільки вона самостійно визначається, де і з ким хоче проживати (з батьком чи матір'ю, якщо батьки мешкають окремо).</p> <p>У такому випадку заяву про зняття з місця реєстрації та реєстрацію нового місця проживання дитина самостійно заповнює та особисто подає до відповідних органів ДМС.</p> <p>Зняття з реєстрації місця проживання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, осіб, стосовно яких встановлено опіку чи піклування, здійснюється за погодженням з органами опіки та піклування</p>

¹⁷ Далі за текстом — Закон № 5492.



ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЗАКОНУ ЩОДО РЕЄСТРАЦІЇ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ У ВИПАДКУ ВСТУПУ ДИТИНИ ДО 1 КЛАСУ

У зв'язку із затвердженням Міністерством освіти і науки України наказу від 16.04.18 р. № 367 «Про затвердження Порядку зарахування, відрахування та переведення учнів до державних та комунальних закладів освіти для здобуття повної загальної середньої освіти»¹⁸ набуває важливе значення *реєстрація дитини у випадку вступу до 1 класу*.

ЩОДО ПРАВА ДИТИНИ ЗДОБУВАТИ СЕРЕДНЮ ОСВІТУ В ЗАКЛАДІ ОСВІТИ, ЯКИЙ НАБЛИЖЕНИЙ ДО МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

За нормами ч. 1 ст. 13 Закону України від 05.09.17 р. № 2145 «Про освіту» кожна особа має право здобувати початкову та базову середню освіту в закладі освіти (його філії), що найбільш доступний та наблизений до місця проживання особи, але не виключає можливість для батьків вибрати інший заклад освіти.

Однак право на першочергове зарахування до початкової школи мають діти, які проживають на території обслуговування цієї школи (ч. 7 ст. 18 Закону України від 13.05.99 р. № 651 «Про загальну середню освіту»). Отже, дитина має право навчатися в закладі освіти, на території обслуговування якого вона проживає, за умови пред'явлення документа, що *підтверджує місце проживання дитини чи одного з її батьків* на території обслуговування закладу освіти, реквізити якого зазначаються в заяві.

Якщо батьки бажають віддати свою дитину в початкову школу, яка не закріплена за місцем проживання, це право може бути реалізоване на підставі заяви на зарахування та за умови вільних місць у школі (за результатами жеребкування, основні положення якого передбачені гл. 2 розд. II наказу № 367).

Батьки до 31 травня можуть подати документи на вступ до 1 класу не лише до школи за територією проживання, але й до інших шкіл без обмеження кількості для зарахування на вільні місця. На бажання батьків разом із заявою можна подати документ, який підтверджує місце проживання дитини чи одного з її батьків на території обслуговування конкретної школи.

Відповідно до абз. 6 п. 1 гл. 1 розд. II наказу № 367 дитина зараховується до 1 класу *за однією із процедур*, визначених пп. 2, 7 або 3 — 7 чи п. 8 цього розділу. Тобто припускаємо, що хоча б один раз потрібно підтверджувати місце проживання під час подання заяви до початкової школи. Разом з тим відсутність реєстрації місця проживання дитини унеможливорює реалізацію права дитини на освіту.

ЩОДО ПРАВА ДИТИНИ ЗДОБУВАТИ СЕРЕДНЮ ОСВІТУ В ЗАКЛАДІ ОСВІТИ, ЯКЩО ЇЇ МІСЦЕМ ПРОЖИВАННЯ Є ОРЕНДОВАНА КВАРТИРА ЧИ МІСЦЕ ПРОЖИВАННЯ ОДНОГО З БАТЬКІВ

Оскільки місце перебування — адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше 6 місяців на рік, то якщо на законних підставах протягом 6 або більше місяців особа проживає за адресою, яка не збігається з місцем її реєстрації, то слід зазначати *місце фактичного проживання*.

Згідно зі ст. 6 Закону № 1382 громадянин України, а також іноземець чи особа без громадянства, які постійно або тимчасово проживають в Україні, зобов'язані протягом десяти днів після прибуття до нового місця проживання зареєструвати своє місце проживання.

Як було зазначено вище, якщо батьки (один із батьків) дитини прийняли рішення скористатися правом навчатися у закладі освіти, на території обслуговування якого дитина проживає, то відповідно до наказу № 367 ними (одним із них) «може бути пред'явлено документ, що *підтверджує місце проживання дитини чи одного з її батьків* на території обслуговування закладу освіти, реквізити якого зазначаються в заяві». Отже, не обов'язково вимагається *підтвердження місця проживання обох батьків*. Однак потрібне *підтвердження місця проживання/перебування дитини*.

Наразі наказ № 367 не містить конкретного переліку документів, які *підтверджують місце проживання дитини чи одного з її батьків*.

Міносвіти рекомендує орієнтуватися на такий **перелік документів**:

— довідка про реєстрацію місця проживання/перебування особи (дитини або одного з її батьків), що видається відповідно до Правил реєстрації місця проживання;

¹⁸ Далі за текстом — наказ № 367.



— довідка про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи;

— документ, що засвідчує право користування житлом (договір найму, піднайму, оренди тощо), укладений між фізичними особами, за умови, що користування відповідним житлом є реальним і здійснюється за згодою та волевиявленням власника майна. Засвідчення цих двох обставин може відбуватися в різний, але прийнятний спосіб чи укладений між юридичною і фізичною особами, зокрема щодо користування кімнатою в гуртожитку тощо.

Будь-який офіційний документ, в якому *зазначене місце проживання дитини чи одного з її батьків*, форма якого визначена законодавством і який виданий органом державної влади чи органом місцевого самоврядування в установленому законодавством порядку, є *достатнім для підтвердження місця проживання дитини* і, відповідно, її права на першочергове зарахування до початкової школи.

Так само достатнім для *підтвердження місця проживання* може бути *будь-який документ*, що засвідчує право власності на відповідне житло або право користування ним.

Згідно з п.п. 1 п. 3 гл. 1 розд. II наказу № 367 до 1 червня включно зараховуються всі діти, місце проживання яких на території обслуговування закладу освіти підтверджене, а також діти, які є рідними (усиновленими) братами та/або сестрами дітей, які здобувають освіту у цьому закладі, дітьми працівників цього закладу освіти або випускниками дошкільного підрозділу цього закладу освіти (у разі його наявності).

Наказ № 367 не визначає пріоритетність у зарахуванні дітей цих чотирьох категорій, але говорить, що мають бути зараховані усі такі діти.

ЩОДО ПРАВА ДІТЕЙ-ПЕРЕСЕЛЕНЦІВ ЗДОБУВАТИ СЕРЕДНЮ ОСВІТУ В ЗАКЛАДІ ОСВІТИ

Діти або один з їх батьків, які мають довідку про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, довідку про звернення за захистом в Україні, посвідчення біженця, посвідчення особи, яка потребує додаткового захисту або якій надано тимчасовий захист, можуть не подавати копію свідоцтва (бо не у всіх дітей пере-

селенців воно є), але мають подати медичну довідку.

Повідомлення про наявність права на першочергове зарахування і пред'явлення документа, що його підтверджує, є правом батьків, а не обов'язком. Проте непред'явлення такого документа і невідображення його назви та реквізитів у заяві про зарахування призводить до відсутності правових підстав для першочергового зарахування дитини до початкової школи.

ЩОДО ПРАВА ДИТИНИ, БАТЬКИ ЯКОЇ ПРИПИНИЛИ ШЛЮБ, ЗДОБУВАТИ СЕРЕДНЮ ОСВІТУ В ЗАКЛАДІ ОСВІТИ

Якщо *місце проживання другого з батьків* зареєстроване в межах обслуговування адміністративно-територіальної одиниці територіального підрозділу, яким розглядається заява про реєстрацію місця проживання дитини, інформація перевіряється цим територіальним підрозділом або надається адресно-довідковим підрозділом відповідного територіального органу ДМС.

Дитина, яка *досягла 10 років*, може брати участь у договірному процесі між батьками щодо визначення питання місця проживання, оскільки при вирішенні цього питання враховується думка не тільки батьків, а й самої дитини, якщо вона *досягла 10-річного віку* (ст. 171 СК).

Важливо зазначити, що в ч. 1 ст. 9 Конвенції про права дитини 1989 року проголошено, що розлучення дитини з батьками можливе лише в найкращих інтересах дитини, зокрема коли батьки проживають роздільно і необхідно прийняти рішення щодо місця проживання дитини¹⁹.

Ступінь *урахування думки дитини* при вирішенні конкретного питання не може залежати від її віку, незважаючи на те, що правове значення думки змінюється залежно від ступеня зрілості дитини.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СІМЕЙНИХ СПРАВ, ЯКІ ПОВ'ЯЗАНІ З ВИЗНАЧЕННЯМ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ

У разі припинення шлюбу між батьками та проживання їх окремо для реєстрації місця проживання дитини, яка *не досягла 14 років*, може знадобиться рішення суду із зазначенням про те, з ким проживатиме дитина. Про це зазначатиметься у рішенні суду, який у процесі судового провадження вирішить, із ким буде

¹⁹ Простибоженко О. Доктрина «ніжного віку дитини» та доктрина «найкращих інтересів дитини» в світлі національної судової практики // Слово національної школи суддів України. 2017. № 1. С. 134.

проживати дитина, або визначення місця проживання дитини може супроводжуватися прив'язкою до договору між батьками (договір про визначення порядку проживання дітей при роздільному проживанні батьків (у разі розірвання шлюбу) та участі у забезпеченні умов життя дитини).

Якщо шлюб між батьками припинено, посадова особа ЦНАП може прийняти заяву про те, що, наприклад, батько не проти реєстрації проживання дитини з матір'ю за певною адресою. Якщо подання такої заяви батьком неможливе, то за наявності поважних причин можна надати нотаріально засвідчену згоду щодо зміни місця проживання дитини. У разі відсутності між батьками дитини згоди з цього питання вони можуть звернутися до суду.

Зупинимось докладніше на врахуванні думки дитини щодо того, з ким вона бажає проживати, та наведемо декілька прикладів судової практики, зазначивши особливості розгляду справ щодо визначення місця проживання дитини.

Зауважимо, що в разі коли батьки припинили шлюб, судом може бути встановлене лише одне місце проживання дитини, бо періодичне проживання дитини то з матір'ю, то з батьком не передбачене законодавством.

Ця теза виходить із прикладу судової справи про визначення судом місця проживання дитини, яка підтверджує неможливість установаження проживання дитини частково в обох батьків.

Так, Апеляційний суд у своєму рішенні від 04.10.17 р.²⁰ виявив, що позивач уклав шлюб із відповідачем у справі ОСОБА_2. Рішенням Широківського районного суду Дніпропетровської області від 05.02.15 р. шлюб розірвано. Від шлюбу сторони мають спільну малолітню дитину — сина ОСОБА_6. Дитина залишилася проживати разом із відповідачем. Звертаючись до суду з позовом, позивач посилався на те, що відповідач перешкоджає йому у спілкуванні з дитиною.

Частково задовольняючи позовні вимоги ОСОБА_3, суд першої інстанції виходив із рівності прав батьків щодо участі у вихованні дитини, факту створення відповідачем позивачу перешкод у спілкуванні з дитиною і наявності у зв'язку з цим підстав для встановлення способу участі батька у спілкуванні та вихованні дитини, з урахуванням її інтересів, віку, психоемоційного

стану, поведінки батьків, шляхом визначення періодичних побачень.

Колегія суддів погоджується з наведеними висновками суду першої інстанції з огляду на таке. Відповідно до положень ст. 157 СК питання виховання дитини вирішується батьками спільно. Той із батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні та має право на особисте спілкування з нею. Той із батьків, з яким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвитку дитини.

Між сторонами виник спір щодо участі у вихованні малолітньої дитини ОСОБА_6, яка мешкає разом із матір'ю ОСОБА_2.

З аналізу норм ст. 158, 159 СК вбачається, що рішення ради опіки та піклування з цього питання є обов'язковим, як і обов'язковим є дотримання порядку щодо участі у вихованні дитини, який визначено цими статтями.

На думку колегії суддів, суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку про наявність правових підстав для часткового задоволення позовних вимог ОСОБА_3 та визначення способу участі останнього у вихованні ОСОБА_6, надавши можливість ОСОБА_3 систематичних побачень із сином кожного тижня, у середу з 18:00 до 20:00, у суботу з 15:00 до 18:00.

На думку колегії суддів, судом першої інстанції при ухваленні оскаржуваного рішення не було враховано, що на час звернення до суду з позовом малолітньому ОСОБА_6 ще не виповнилося трьох років і він потребує постійної присутності матері та її нагляду, тому спілкування дитини з батьком має відбуватися у присутності відповідача.

Саме такий спосіб участі батька у вихованні та спілкуванні з дитиною відповідатиме можливості дитини повною мірою сприйняти спілкування кожного з батьків та отримати від цього достатню кількість виховних заходів кожного з них у такому ритмі, який не буде порушувати її інтересів, сприятиме встановленню контакту батька з дитиною.

На підставі викладеного колегія суддів доходить висновку про часткове задоволення апеляційної скарги та зміну рішення суду першої інстанції в частині

²⁰ Див. ЄДРСР: рішення Апеляційного суду Дніпропетровської області від 04.10.17 р. у справі № 197/717/16-ц, 22-ц/774/1466/К/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69335363>.



визначення порядку спілкування малолітньої дитини з позивачем шляхом установлення порядку спілкування у визначений судом першої інстанції період у присутності матері — відповідача у справі.

Частиною 2 ст. 159 СК визначено, що суд визначає способи участі одного з батьків у вихованні дитини (періодичні чи систематичні побачення, можливість спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання тощо), місце та час їхнього спілкування.

Для розлучення матері з дитиною мають бути встановлені виняткові обставини, з'ясовані усі факти та її вплив на дитину. Розглянемо це на прикладі наступної справи.

Рішенням Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 30.08.16 р. позов було задоволено частково²¹. Визначено місце проживання малолітньої дитини — ОСОБА_9 разом із батьком ОСОБА_2. Стягнуто з ОСОБА_4 на користь ОСОБА_2 на утримання малолітнього сина — ОСОБА_9 — аліменти у твердій грошовій сумі у розмірі 500 грн. щомісячно до досягнення дитиною повноліття.

У характеристиці на виховання дитячого навчального закладу № 130 ОСОБА_9 зазначено, що дитина проживає разом із матір'ю; у будинку санітарно-гігієнічні умови відповідають санітарним нормам; створені всі умови для розвитку та навчання дитини. Хлопчик завжди доглянутий, охайний.

Задовольняючи позов частково, суд першої інстанції виходив із того, що відповідач поводить себе аморально, а саме у присутності сина вживала нецензурні слова, грубо з ним поводилася, нехтувала його плачем заради з'ясування стосунків. Тому зазначена поведінка свідчить про аморальність відповідача, і така матір не забезпечить дитині повного та гармонійного розвитку. Вирішуючи питання про розмір належних до стягнення аліментів, керуючись ст. 184 СК, з урахуванням здоров'я та матеріального положення дитини і платника аліментів, наявності на утриманні у відповідача малолітньої дитини, суд першої інстанції вважав за можливе стягнення з відповідача на користь позивача аліментів на утримання малолітнього сина

в розмірі 500 грн. щомісячно до досягнення дитиною повноліття.

Рішенням Апеляційного суду Донецької області від 28.09.16 р.²² апеляційну скаргу ОСОБА_4 задоволено. Рішення суду першої інстанції скасовано та відмовлено в задоволенні позову. Вирішено питання про розподіл судових витрат. Ухвалюючи рішення про відмову в задоволенні позову, суд апеляційної інстанції виходив із того, що єдиними доказами аморальної поведінки відповідача були пояснення позивача та зроблений ним аудіозапис. Натомість у матеріалах справи міститься позитивна характеристика ОСОБА_11, надана дошкільним навчальним закладом № 140 від 27.08.15 р., в якій зазначено, що вихованням дитини здебільшого займається матір; відповіді медичних закладів на запити адвоката відповідача про те, що дитина отримувала амбулаторне лікування, з приводу якого зверталася та здійснювала догляд дитини весь час знаходження її у відділенні матері.

Згідно з відповідями на запити адвоката відповідача комунального закладу «Центр первинної медико-санітарної допомоги № 3» та комунального закладу «Міської лікарні № 5 м. Маріуполя» ОСОБА_9, ІНФОРМАЦІЯ_2, з 13 по 23 жовтня 2015 року перебував на амбулаторному лікуванні у зв'язку з бронхітом; на стаціонарному лікуванні дитина перебувала в дитячому інфекційному відділенні комунального закладу «Міської лікарні № 5 м. Маріуполя» з 29 листопада по 15 грудня 2015 року з діагнозом гострий бронхіт середньої тяжкості; з 22 по 29 січня 2016 року дитина перебувала на амбулаторному лікуванні.

Суд апеляційної інстанції, керуючись ст. 6 Декларації прав дитини 1959 року, дійшов висновку, що відсутні виняткові обставини для розлучення матері з дитиною, тому й відмовив у задоволенні позовної вимоги.

У листопаді 2016 року ОСОБА_2 подав до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ касаційну скаргу²³, в якій, посилаючись на неправильне застосування судами норм матеріального права і порушення норм процесуального права, просив скасувати рішення суду апеляційної

²¹ Див. ЄДРСР: рішення Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 30.08.16 р. у справі № 264/4560/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/60008199>.

²² Див. ЄДРСР: рішення Апеляційного суду Донецької області від 28.09.16 р. у справі № 264/4560/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61728020>.

²³ Див. ЄДРСР: постанова Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 06.02.18 р. у справі № 264/4560/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72151029>.

інстанції та залишити в силі рішення суду першої інстанції.

Касаційна скарга мотивована тим, що влітку його син лише грав у комп'ютерні ігри та без догляду перебував на вулиці, матір його вихованням не займалася. Відповідач своїм житлом не забезпечена, житловий будинок, де вона проживає, потребує ремонту, а він забезпечений усім необхідним для проживання дитини. Відповідач перевела дитину до іншого дитячого садка та медичного закладу за своїм місцем проживання, а також звернулася до суду про стягнення аліментів після того, як дитина почала проживати разом із нею, що з ним не погоджувалося. Відповідач надала неправдиві відомості про своє працевлаштування та дохід. Вона здійснює психологічне насильство над їхньою дитиною, а орган опіки та піклування не виконує покладені на нього повноваження.

Ухвалюючи рішення про відмову в задоволенні позову, суд апеляційної інстанції встановив, що мати дитини має постійне місце проживання та піклується про сина, вона створила всі умови для проживання, виховання і розвитку дитини. При цьому суд апеляційної інстанції в цій справі не встановив виняткових обставин у розумінні положень ст. 161 СК та принципу Декларації прав дитини, які б свідчили про неможливість проживання дитини разом із матір'ю. Зазначені висновки суду апеляційної інстанції відповідають правовим висновкам Верховного Суду України, викладеним у постановках від 14.12.16 р. (справа № 6-2445цс16) та від 12.07.17 р. (справа № 6-564цс17).

Суд апеляційної інстанції, врахувавши практику ЄСПЛ, зокрема, рішення у справі «М. С. проти України» від 11.07.17 р.²⁴, дійшов обґрунтованого висновку про наявність підстав для відмови в задоволенні позову та відсутність правових підстав, передбачених наведеними нормами матеріального права, для розлучення дитини зі своєю матір'ю. Таким чином, суд апеляційної інстанції ухвалив рішення в інтересах дитини.

Як бачимо, суд застосував аналіз рішення, ухваленого ЄСПЛ у справі «М. С. проти України», яке набуде статусу остаточного відповідно до порядку, передбаченого п. 2 ст. 44 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.²⁵

У цьому рішенні було встановлене порушення Україною ст. 8 Конвенції.

У зазначеній справі заявник подав скаргу від свого імені, зазначивши, зокрема, на неналежний розгляд національними судами справи про визначення місця проживання його доньки, вказуючи на передбачуване порушення його права та порушення права його неповнолітньої доньки. За обставинами справи заявник уклав шлюб із жінкою, у них народилася спільна дитина (донька). Згодом відносини між заявником та жінкою погіршилися, без відома заявника жінка забрала доньку і переїхала з нею жити в інше місце, не повідомивши заявника про їх нове місце проживання.

У червні 2012 року Зарічний районний суд м. Сум ухвалив рішення про розірвання шлюбу між заявником і В. та визначив місце проживання їх доньки разом із матір'ю.

Суди апеляційної та касаційної інстанцій визнали рішення суду першої інстанції законним та обґрунтованим, а твердження заявника про викрадення дитини її матір'ю, сексуальне та фізичне насильство щодо дитини такими, що не знайшли підтвердження.

У зв'язку з цим заявник у своїй заяві до ЄСПЛ стверджує, що національні суди не здійснили належної оцінки доказів та не дослідили належним чином усіх обставин справи при визначенні місця проживання його доньки.

Заявник стверджує, що суди під час вирішення цього питання повинні були керуватися принципом «найкращих інтересів дитини».

Об'єктом ст. 8 Конвенції є в основному захист людини від будь-якого втручання з боку державних органів.

Право батьків і дітей бути поряд один з одним становить основоположну складову сімейного життя, а кожна дитина має право на проживання у сім'ї разом із батьками або в сім'ї одного з них і на піклування батьків.

ЄСПЛ, ухвалюючи рішення, повинен оцінювати у контексті дослідження усіх обставин справи: чи було виправданим, необхідним і достатнім втручання держави для цілей п. 2 ст. 8 Конвенції для того, щоб прийняття рішення було справедливим і здатним забезпечити належний захист інтересів дітям і батькам, як цього вимагає ст. 8 Конвенції; чи мало воно легітимну мету та було необхідним у демократичному суспільстві (пропорційним).

²⁴ Case of M. S. v. Ukraine. Application № 2091/13. Judgment 11.07.2017.

²⁵ Далі за текстом — Конвенція.



Отже, національні суди при розгляді цієї справи:

1) не врахували перш за все *інтереси дитини*, які залежно від їх характеру та серйозності мають перевищувати інтереси батьків;

2) застосували *«презумпцію на користь матері»*, виходячи з того, що дитина повинна жити з матір'ю, і цей факт може бути спростований у випадках, де існують «виключні обставини» (за їх відсутності суди відмовилися від подальшої оцінки всіх інших непередбачуваних обставин). Ця презумпція не підтверджується на рівні ООН і не відповідає позиції Ради Європи та її членів. Отже, батьки повинні мати рівні права у спорах про порядок здійснення батьківських прав (зокрема, щодо виховання та утримання). За таких умов винятковість прав матері, хоча є визначальною у судовій практиці цієї категорії спорів, але наразі фактично ліквідується;

3) провели недостатньо обґрунтований аналіз доказів до ухвалення рішення про те, що донька заявника має жити з матір'ю.

Обґрунтування ухваленого національними судами рішення не є «належним та достатнім». Причини, які вони наводять у рішенні, не можуть вважатися «відповідними та достатніми», оскільки заходи, що застосовуються державою для захисту дітей від дій, що підпадають під дію ст. 8 Конвенції, повинні бути ефективними²⁶.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СПРАВ, ЩО ВИПЛИВАЮТЬ ІЗ ІПОТЕЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН ТА ПОВ'ЯЗАНІ З ВИЗНАЧЕННЯМ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ

Додаткової уваги потребує аналіз реєстрації місця проживання в іпотечних правовідносинах.

Іпотекодавець (надавач) іпотечного кредиту має право проживати у закладеному будинку або квартирі. Банк не може заборонити реєструвати у житловому приміщенні членів сім'ї іпотекодавця. У Законі України від 05.06.03 р. № 898 «Про іпотеку»²⁷ відсутня стаття, що *забороняє реєструвати* членів своєї сім'ї в житловому приміщенні. Слід зазначити, що факт реєстрації в житловому приміщенні дитини до 18 років стане серйозною перешкодою для банку в разі виселення сім'ї з квартири. Оскільки згідно зі ст. 12 Закону України від 02.06.05 р.

№ 2623 «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей»²⁸ заборонено зменшувати або обмежувати права та інтереси дітей під час вчинення будь-яких правочинів щодо жилих приміщень.

При вирішенні спору про звернення стягнення на предмет іпотеки суд має дати оцінку співмірності суми заборгованості за кредитом та вартості іпотечного майна, якщо допущене боржником або іпотекодавцем, якщо він є відмінним від боржника, порушення основного зобов'язання чи іпотечного договору не завдає збитків іпотекодержателю і не змінює обсяг його прав.

Оскільки наведене положення закону є оціночним, суд має належним чином його мотивувати, співставити обставини зі змістом цього поняття, визначитися, чи не суперечить його застосування загальному змісту та призначенню права, яким урегульовані конкретні відносини (зокрема, щодо права на першочергове задоволення вимог за рахунок предмета застави), та врахувати загальні засади цивільного законодавства — справедливість, добросовісність і розумність (п. 41 постанови Пленуму Верховного Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.12 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин»²⁹).

При цьому суд не може одночасно звернути стягнення на предмет іпотеки і стягнути суму заборгованості за кредитним договором.

Невиплата кредиту може обернутися *виселенням із придбаної за рахунок кредиту квартири*. При цьому не враховується, чи є у боржника інше місце проживання. Якщо є рішення суду про виселення згідно зі ст. 40 Закону № 898, звернення стягнення на передані в іпотеку житловий будинок або житлове приміщення є підставою для виселення всіх мешканців.

Але особи, які проживають у зазначених приміщеннях на умовах договору найму (оренди), не підлягають виселенню, якщо:

— договір найму (оренди) був укладений до моменту укладення іпотечного договору і про наявність такого договору було доведено до відома іпотекодержателя або такий договір був зареєстрований у встановленому законом порядку;

²⁶ Розгон О. В. Договори у сімейному праві України: монографія / О. В. Розгон. К.: Ін Юре, 2018. С. 178.

²⁷ Далі за текстом — Закон № 898.

²⁸ Далі за текстом — Закон № 2623.

²⁹ Далі за текстом — постанова Пленуму ВСУ.

— договір найму (оренди) був укладений після укладення іпотечного договору за згодою іпотекодержателя.

Згідно із ч. 3 ст. 109 ЖК після прийняття кредитором рішення про звернення стягнення на передане в іпотеку житлове приміщення всі громадяни, які проживають у ньому, зобов'язані на письмову вимогу кредитора або нового власника цього житлового приміщення добровільно звільнити його протягом одного місяця із дня отримання цієї вимоги, тобто шляхом позасудового врегулювання цього питання.

Якщо громадяни не звільняють житлове приміщення в установленний або інший погоджений сторонами строк добровільно, їх примусове виселення здійснюється на підставі рішення суду.

У ч. 4 ст. 109 ЖК також передбачено право виселених громадян на отримання житлових приміщень із фондів житла для *тимчасового проживання* відповідно до ст. 132² цього Кодексу.

Саме до цього зводяться правові висновки, викладені Верховним Судом України в постановках від 03.02.16 р. (справа № 6-1449 цс15), від 10.02.16 р. (справа № 6-2830цс15), від 07.10.15 р. (справа № 6-1468цс15), від 21.12.16 р. (справа № 591/3480/15-ц).

Це відтворено у матеріалах наступної справи,³⁰ за якими судом установлено, що 24.03.08 р. між ЗАТ «ПУМБ», правонаступником усіх прав та обов'язків якого є позивач, і відповідачем ОСОБА_7 укладено кредитний договір, згідно з умовами якого ОСОБА_7 було видано кредит у сумі 40000 доларів США зі сплатою 13,49 % річних, строком до 24.03.18 р. На забезпечення виконання зобов'язань за кредитним договором відповідачем ОСОБА_7 було передано в іпотеку позивачу квартиру АДРЕСА_1, про що укладено договір іпотеки від 24.03.08 р., посвідчений приватним нотаріусом.

Згідно з постановою від 01.07.13 р. державним виконавцем відкрито виконавче провадження. У процесі виконання звернуто стягнення на предмет іпотеки. Але державним виконавцем установлено, що у квартирі, окрім ОСОБА_7, зареєстровані інші мешканці — ОСОБА_4, а також неповнолітня дитина ОСОБА_5.

У зв'язку з цим реєстрація неповнолітньої дитини у квартирі, на яку звернуто стягнення, унеможливорює

її подальшу реалізацію на прилюдних торгах. Унаслідок цього згідно з постановою від 17.09.2013 р. повернуто позивачу виконавчий напис без виконання.

З огляду на те, що квартиру, яка розташована за адресою: АДРЕСА_4, що була предметом договору іпотеки, придбано ОСОБА_7 не за рахунок отриманого кредиту, а на підставі договору купівлі-продажу № 65 від 27.01.03 р., посвідченого приватним нотаріусом, про що зазначено в п. 1.2.2 договору іпотеки від 24.03.08 р., доказів того, що відповідачі мають інше житло, матеріали справи не містять, суд першої інстанції дійшов помилкового висновку про наявність підстав для виселення власника та членів його сім'ї із жилого приміщення, що є предметом іпотеки, без надання їм іншого постійного жилого приміщення, не правильно застосувавши ч. 2 ст. 109 ЖК у поєднанні з нормами Закону України «Про іпотеку», що призвело до неправильного вирішення справи про виселення відповідачів, а це відповідно до ст. 309 ЦПК є підставою для скасування судового рішення з ухваленням нового рішення про відмову у задоволенні позову банку.

Схожа справа розглядалася й Апеляційним судом Львівської області³¹, яким було установлено, що передана в іпотеку банку квартира не була придбана за рахунок кредитних коштів, а приватизована відповідачем ОСОБА_6 у грудні 2005 року відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», а тому колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про відмову у задоволенні вимоги позивача про виселення відповідача ОСОБА_6 разом із дочкою зі спірної квартири, оскільки такий висновок районного суду відповідає правовим висновкам Верховного Суду України, викладеним у постановках від 18.03.15 р. (справа № 6-39цс15), 02.09.15 р. (справа № 6-1049цс15), 30.09.15 р. (справа № 6-1892цс15).

У зв'язку із наведеним, суди повинні виходити з того, чи мала дитина право власності на предмет іпотеки або право користування предметом іпотеки на момент укладання договору іпотеки. Будь-які дії, вчинені без згоди іпотекодержателя після укладання договору іпотеки (наприклад, реєстрація неповнолітньої дитини в житловому будинку, народження дитини після укладання договору іпотеки), не є підставою

³⁰ Див. ЄДРСР: рішення Апеляційного суду Запорізької області від 02.08.17 р. у справі № 333/9732/13-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68097354>.

³¹ Див. ЄДРСР: рішення Апеляційного суду Львівської області від 05.09.17 р. у справі № 462/3872/13 // URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68859221>.



для визнання такого договору недійсним із підстави невиконання вимог закону про отримання згоди органу опіки та піклування (п. 44 постанови Пленуму ВСУ).

Коли дитина народжується у процесі виконання іпотечного договору, то в цьому випадку застосовується Закон № 2623. На основі цього Закону не можна виселити родину, в якій проживають неповнолітні діти, без дозволу органів опіки та піклування³².

Відстрочення або розстрочення виконання рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки може бути надане судом за заявою іпотекодавця безпосередньо при ухваленні самого рішення (ст. 217 ЦПК, ст. 39 Закону № 898) або після його ухвалення за правилами, встановленими ст. 373 ЦПК (п. 45 постанови Пленуму ВСУ).

Наприклад, за матеріалами справи³³ встановлено, що *неповнолітні ОСОБА_5, ОСОБА_6 не мали права користування предметом іпотеки на момент укладення договору і були вселені в такий будинок, без відома банку, вже після укладення договору.*

У п. 1.4 договору іпотеки ОСОБА_2 засвідчив, що укладенням договору іпотеки жодним чином не порушені права та інтереси третіх осіб, а також не порушені права дітей, предмет іпотеки жодним способом не відчужений, у спорі та під арештом (забороною) не перебуває, в оренду/лізинг/довірче управління не переданий.

На підставі вищевикладеного, відповідачі підлягають виселенню, однак виконання рішення суду слід відстрочити на час дії Закону України від 03.06.14 р. «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті».

Отже, Апеляційний суд вирішив виселити з будинку всіх мешканців, які зареєстровані та проживають у переданому в іпотеку банку будинку, без надання іншого жилого приміщення.

Якщо у мешканців є неповнолітні діти, то відповідно до Закону № 2623 неприпустимим є зменшення або обмеження прав і охоронюваних законом інтересів дітей при вчиненні будь-яких правочинів щодо жилих приміщень (ч. 2 ст. 12). У ч. 4 ст. 12 Закону № 2623 передбачено, що попередній *дозвіл органів опіки та піклування* необхідний для вчинення будь-яких правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти.

На практиці банки вимагають такий дозвіл органів опіки від боржника ще до укладання договору про іпотеку, щоб застрахуватися від проблем у майбутньому³⁴.

Так, за матеріалами справи³⁵, Апеляційним судом установлено, що на час винесення оскаржуваного рішення у спірній квартирі згідно з письмовими доказами постійно мешкали та були зареєстровані двоє малолітніх дітей. Однак до участі у справі законного представника малолітньої ОСОБА_8 орган опіки і піклування залучено не було, що свідчить про незабезпечення реалізації прав та законних інтересів малолітньої дитини. Враховуючи, що суд апеляційної інстанції позбавлений процесуальної можливості залучати до участі у справі нових учасників процесу, колегія приходить до висновку про необхідність скасування оскаржуваного рішення в повному обсязі, зокрема у частині звернення стягнення на житло, з ухваленням нового рішення про відмову в задоволенні позовних вимог.

Отже, як бачимо, існують певні проблеми при визначенні місця проживання дитини, які у випадках окремого проживання матері та батька дитини, окремого проживання самої дитини від батьків та особливостей щодо: реєстрації місця проживання дитини у випадку вступу дитини до 1 класу; розгляду сімейних справ, які пов'язані з визначенням місця проживання дитини; розгляду справ, що впливають із іпотечних правовідносин та пов'язані з визначенням місця проживання дитини.

³² Розгон О. В. Особливості укладання іпотечного договору подружжям // Науково-практичний журнал «Мала енциклопедія нотаріуса». 2012. № 4. С. 134—144.

³³ Див. ЄДРСР: рішення Апеляційного суду Полтавської області від 31.07.17 р. у справі № 552/7400/16-ц // URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68087666>.

³⁴ Розгон О. В. Підсилення ролі органів опіки та піклування в забороні відчуження нерухомого майна дітей у зв'язку зі змінами в законодавстві // МЕН. 2012. № 2 (62). С. 90.

³⁵ Див. ЄДРСР: рішення Апеляційного суду Дніпропетровської області від 16.05.17 р. у справі № 403/14899/12 // URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66872099>.



ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ НАРОДЖЕННЯ АБО СМЕРТІ ОСОБИ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНІЙ ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ



Ірина Мулява, адвокат

Питання, що пов'язані з правовідносинами, які виникають на тимчасово окупованій території, не втрачають своєї актуальності. Ця стаття відображає алгоритм дій, які допоможуть узаконити факт народження/смерті особи на території України та провести державну реєстрацію з отриманням свідоцтва українського зразка.

Україна згідно з Конституцією є суверенною і незалежною державою. Суверенітет України поширюється на всю її територію, яка в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою.

Але враховуючи останні події та перебування на території України підрозділів збройних сил інших держав, має місце окупація частини території.

Тимчасово окупованою територією, що обумовлена вимогами Закону України від 15.04.14 р. № 1207 «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»¹, визначається сухопутна територія АРК та міста Севастополя, внутрішні води України цих територій.

Крім того, з 14.04.14 р. до 30.04.18 р. на сході України проводилась Антитерористична операція, направлена на протидію діяльності незаконних російських та проросійських збройних формувань. Законом України від 18.01.18 р. № 2268 «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях»² Антитерористичну операцію змінено на Операцію Об'єднаних сил.

Відповідно до ст. 1 Закону № 2268 тимчасово окупованими територіями у Донецькій та Луганській об-

ластях на день ухвалення цього Закону визнаються частини території України, в межах яких збройні формування Російської Федерації — сухопутна територія та її внутрішні води у межах окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей.

Більш детальний перелік населених пунктів, що підпадають під визначення тимчасово окупованої території у Донецькій та Луганській областях закріплений розпорядженням Кабінету міністрів України № 1085-р від 07.11.14 р. «Про затвердження переліку населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження, та переліку населених пунктів, що розташовані на лінії зіткнення».

Чинним законодавством України, у тому числі Законом № 1207 та Законом № 2268, передбачено, що будь-які органи, їх посадові та службові особи на тимчасово окупованій території та їх діяльність вважаються незаконними, якщо ці органи або особи створені, обрані чи призначені у порядку, не передбаченому законом, а будь-який виданий у зв'язку з такою діяльністю акт є недійсним і не створює жодних правових наслідків.

Наказом Міністерства юстиції України від 17.06.14 р. № 953/5 «Про невідкладні заходи щодо захисту прав громадян на території проведення антитерористич-

¹ Далі за текстом — Закон № 1207.

² Далі за текстом — Закон № 2268.



ної операції» тимчасово припинено доступ до Єдиних та Державних реєстрів на цій території та тимчасово призупинено проведення державної реєстрації актів цивільного стану, внесення змін до актових записів, їх поновлення та анулювання тощо до закінчення Анти-терористичної операції.

Таким чином, якщо на тимчасово окупованій території відбувся факт народження/смерті особи, свідоцтва, видані органами державної реєстрації актів цивільного стану³ та будь-які медичні висновки, оформлені на цих територіях, є недійсними і на території України не створюють правових наслідків. Але отримання таких документів є обов'язковим для використання як докази при встановленні факту народження/смерті на території України.

Порядок встановлення факту народження або смерті відбувається у судовому порядку та визначається ст. 317 — 319 Цивільного процесуального кодексу України⁴.

Розпочати процедуру слід зі звернення з заявою до органу РАЦС на території України. За результатами розгляду заяви органом РАЦС буде оформлена обґрунтована відмова у проведенні державної реєстрації. Це обумовлено неможливістю надання заявником документів, що є підставою для проведення державної реєстрації народження/смерті особи, вичерпний перелік яких визначений ст. 13 та 17 Закону України від 01.07.10 р. № 2398 «Про державну реєстрацію актів цивільного стану».

З урахуванням відмови та доказів на підтвердження факту, встановлення якого необхідно заявнику, складається заява з примірниками для суду та заінтересованої особи, якою у цьому випадку виступає орган РАЦС, який видав відмову.

Звертаємо увагу, що ст. 317 ЦПК визначено перелік заявників, а саме із заявою про встановлення факту народження особи можуть звернутися батьки, родичі, їхні представники або інші законні представники дитини. Заява про встановлення факту смерті особи може бути подана родичами померлого або їхніми представниками.

За подання заяви судовий збір сплати не підлягає, оскільки п. 21 ст. 5 Закону України від 08.07.11 р. № 3674 «Про судовий збір» звільняються від сплати збору за-

явники у справах за заявами про встановлення фактів, що мають юридичне значення, поданих у зв'язку із збройною агресією, збройним конфліктом, тимчасовою окупацією території України, надзвичайними ситуаціями природного чи техногенного характеру, що призвели до вимушеного переселення з тимчасово окупованих територій України, загибелі, поранення, перебування в полоні, незаконного позбавлення волі або викрадення, а також порушення права власності на рухоме та/або нерухоме майно.

Заява про встановлення факту народження особи на тимчасово окупованій території України може бути подана до будь-якого суду за межами такої території України незалежно від місця проживання заявника.

Заява про встановлення факту смерті особи на тимчасово окупованій території України може бути подана до суду за межами такої території України. Ця позиція закріплена ст. 317 ЦПК, а також проаналізована Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ в інформаційних листах.

Статтею 318 ЦПК визначені вимоги до змісту заяви, яка повинна містити інформацію:

1) який факт заявник просить встановити та з якою метою (вступ у спадщину, отримання виплат та допомоги, оформлення пенсії, постановка дитини у чергу до дитячого садочку та інше);

2) причини неможливості одержання або відновлення документів, що посвідчують цей факт (посилання на вимоги Закону № 1207 та Закону № 2268, якими передбачено незаконність будь-яких документів, виданих на тимчасово окупованій території);

3) докази, що підтверджують факт (копія свідоцтва про народження/смерті, медичні довідки та виписки, докази на підтвердження родинних відносин, наприклад свідоцтво про народження, свідоцтво про шлюб та інші, копія паспорту заявника, відмова органу РАЦС).

Крім того, радимо у заяві про встановлення факту смерті особи додатково зазначити причину смерті, оскільки деякі нотаріуси звертають на цю інформацію увагу при визначенні кола спадкоємців. У заяві про встановлення народження зазначається кількість дітей, що народилась від пологів, та їх номер за рахунком у матері. Якщо на час народження дитини мати

³ Далі за текстом — РАЦС.

⁴ Далі за текстом — ЦПК.



не перебувала у зареєстрованому на території України шлюбі з батьком дитини, у заяві зазначаються дані лише про матір, і в цьому даному випадку у свідоцтві про народження у графі «батько» запис буде відсутнім або зробленим зі слів матері на підставі ст. 135 Сімейного кодексу України. Якщо дитина зачата та (або) народжена у шлюбі, який зареєстрований на території України, у заяві зазначається інформація про обох батьків, із зазначенням дати їх народження та громадянства.

Придільяйте особливу увагу правильності відображення основної інформації про особу, факт народження/смерті якої необхідно встановити, кожну літеру в прізвищі, імені, по батькові, місці народження/смерті, даті народження/смерті, оскільки саме дані, які відображені у рішенні суду, будуть перенесені у свідоцтво про народження/смерть особи і їх виправлення у майбутньому можливо також у судовому порядку.

Ця категорія справ розглядається невідкладно з моменту надходження відповідної заяви до суду.

Ухвалене судом рішення у справах про встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово

окупованій території підлягає негайному виконанню. Рішення у справах про встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території може бути оскаржено в загальному порядку, встановленому ЦПК. Копія судового рішення видається учасникам справи, негайно після проголошення такого рішення.

Рішення суду про встановлення факту, який підлягає реєстрації в органах РАЦС або нотаріальному посвідченню, не замінює собою документів, що видаються цими органами, а є тільки підставою для одержання зазначених документів. Аналогічні вимоги передбачені і п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 31.03.95 р. «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення».

З рішенням суду заявник звертається до органу РАЦС, який повинен на його підставі провести державну реєстрацію народження/смерті особи та видати відповідне свідоцтво, що є завершальною стадією у процесі легалізації певного факту, що має юридичне значення.

ПОРУШУЮТЬ ТВОЇ ПРАВА?



КОМІТЕТ ЗАХИСТУ
ПРАВ АДВОКАТІВ НААУ



телефонуй

(067) 692-44-43*

**гаряча лінія працює цілодобово*





НЮАНСИ НЕЗАКОННОГО ПОВОДЖЕННЯ ЗІ ЗБРОЄЮ, БОЙОВИМИ ПРИПАСАМИ АБО ВИБУХОВИМИ РЕЧОВИНАМИ: ОСОБЛИВОСТІ ПРИТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ



Зінаїда Чуприна, адвокат

Останнім часом непоодинокими випадками стало винесення судами виправдовувальних вироків у кримінальних провадженнях, у яких обвинуваченим інкримінувалося вчинення злочинів, передбачених частинами 1 або 2 ст. 263 Кримінального кодексу України¹ «Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами» та ст. 263-1 «Незаконне виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї або фальсифікація, незаконне видалення чи зміна її маркування, або незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв».

З аналізу вироків, якими обвинувачені були виправдані, вбачається, що підґрунтям для виправдання були різні підстави, зокрема: відсутність закону, який регулює обіг вогнепальної та холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин та вибухових пристроїв; неконкретизованість пред'явленого обвинувачення; порушення діючого законодавства, який установлює порядок зібрання доказової бази і, як наслідок, визнання доказів недопустимими; відсутність мотиву на скоєння злочину (випадки, коли обвинувачуються колекціонери зброї).

Якщо говорити про кримінальні провадження, у яких було встановлено відсутність об'єктивної сторони злочину або про справи, у яких було встановлено недопустимість доказів, то слід зазначити, що позитивні вирок є результатом якісної роботи захисників, які змогли довести суду неспроможність обвинувачення

або навіть провокацію злочину. Кожна з таких справ є індивідуальною та заслуговує на увагу адвокатської спільноти.

Інша річ, ті виправдовувальні вирок, які було ухвалено на підставі відсутності закону, який регулює обіг вогнепальної та холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин та вибухових пристроїв. Тому далі пропоную детальніше розглянути правовідносини у сфері незаконного обігу зброї.

Постановою Верховного Суду України² № 3 від 26.04.02 р. «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами» судам було рекомендовано керуватися Положенням про дозвільну систему, що затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.92 р. № 576 та

¹ Далі за текстом — КК.

² Далі за текстом — ВСУ.



Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів, що затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21.08.98 р. № 622 та іншими нормативними актами.

Крім того, до сьогодні, на офіційному сайті Верховної Ради України³ зазначається як чинна постанова ВРУ від 17.06.92 р. «Про право власності на окремі види майна», яку було прийнято на підставі Закону України «Про власність», який, у свою чергу, втратив чинність ще 27.04.07 р. у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України⁴. Цією постановою затверджений перелік видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, серед яких передбачено, зокрема, зброю, боєприпаси, бойову і спеціальну військову техніку, ракетно-космічні комплекси, вибухові речовини й засоби вибуху тощо.

Статтею 92 Конституції України встановлено, що права і свободи людини і громадянина гарантії цих прав і свобод, правовий режим власності встановлюються виключно законами України.

Частина 2 ст. 178 ЦК в імперативній формі зазначає, що види об'єктів цивільних прав, перебування яких у цивільному обороті не допускається (об'єкти, вилучені з цивільного обороту), мають бути прямо встановлені у законі.

Відзначимо, що закон про обіг зброї дотепер так і не ухвалений. Будь-які постанови, інструкції, незалежно від їх видавника, є підзаконними нормативними актами та не мають силу закону.

Стаття 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁵ установлює, що нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії

чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом.

Ця норма Конвенції декларує, що обмеження прав людини є можливим за умови наявності закону. Крім того, конвенційна норма вимагає від закону доступності, чіткості та точності формулювання обмежень які він встановлює.

ВСУ у постанові № 5-49к13 від 03.03.14 р. зробив висновок про те, що *відсутність певного законодавства виключає можливість покарання за його порушення, оскільки не може бути покарання за порушення неіснуючого порядку*⁶.

Об'єктивна сторона злочинів за ч. 1 ст. 263 КК «Носіння, зберігання, придбання, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого законом дозволу», ч. 2 ст. 263 КК «Носіння, виготовлення, ремонт або збут кинджалів, фінських ножів, кастетів чи іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу» та ст. 263-1 КК «Незаконне виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї або фальсифікація, незаконне видалення чи зміна її маркування, або незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв», якщо їх дещо узагальнити, полягає у носінні, зберіганні, придбанні, передачі, збуту, виготовлення, переробки, ремонту, холодної або вогнепальної, вибухових речовин та пристроїв без передбаченого законом дозволу або незаконним шляхом.

З аналізу перелічених норм випливає, що наявність закону про обіг зброї є імперативною вимогою та відсутність такого закону позбавляє державу права на притягнення особи до кримінальної відповідальності і застосування до неї відповідних заходів кримінального примусу.

На практиці ми бачимо, що кількість справ, які надходять до суду з обвинувальними актами за зазначеними статтями, є значною, а це є порушенням завдань кримінального провадження, які зафіксовані у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України⁷.

³ Далі за текстом — ВРУ.

⁴ Далі за текстом — ЦК.

⁵ Далі за текстом — Конвенція.

⁶ Див. Офіційний веб-сайт ВСУ. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/E6AED63678316B1CC2257CA00054708C](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E6AED63678316B1CC2257CA00054708C).

⁷ Далі за текстом — КПК.



Відповідно до ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством.

Згідно зі ст. 62 Конституції України ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

З огляду на проаналізовані законодавчі норми, вручення особі повідомлення про підозру у вчиненні злочину в цій категорії справ є незаконною дією з боку обвинувачення, а підозра є необґрунтованою. Відсутність відповідного закону тягне за собою неконкретизованість обвинувачення та невідповідність обвинувального акта вимогам кримінального процесуального законодавства.

Зазвичай обвинувальний акт, який направляється до суду, формально відповідає вимогам ст. 291 КПК. Але слід звернути увагу на зміст п. 5 ч. 2 цієї статті, відповідно до якої *обвинувальний акт має містити виклад фактичних обставин, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону статті закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення*. Тобто ми знову бачимо вимогу щодо наявності закону, яким установлюються певні правові обмеження.

Фактично диспозиція ст. 263 та 263-1 є бланкетною, визначає лише частину ознак злочину та відсилає для встановлення змісту ознак злочину до спеціального закону, який й досі відсутній. Отже, обвинувачення у вчиненні зазначених протиправних кримінально-караних діянь априорі є неконкретизованим та таким, що порушує право на захист.

Згідно з ч. 2 ст. 6 Конвенції *кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку*.

У справі «Barbera, Messegua and Jabardo v. Spain» від 06.12.98 р. (п. 146) ЄСПЛ установив, що принцип презумпції невинуватості вимагає, серед іншого, щоб, виконуючи свої обов'язки, судді не починали розгляд справи з упередженої думки, що підсудний скоїв злочин, який ставиться йому в провину; обов'язок доведення лежить на обвинуваченні, і всі сумніви повинні тлумачитися на користь обвинуваченого.

Згідно зі ст. 8, 9, 17 КПК кримінальне провадження здійснюється з дотриманням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ.

На наш погляд, притягнення осіб до кримінальної відповідальності за ч. 1 та 2 ст. 263 та 263-1 КК є порушенням принципу правової визначеності та принципу верховенства права.



ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ТА РІВНІСТЬ УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ ПЕРЕД ЗАКОНОМ ТА СУДОМ ЯК ОСНОВНІ ЗАСАДИ ОБОВ'ЯЗКОВОГО ПОСТАНОВЛЕННЯ ГОСПОДАРСЬКИМ СУДОМ ПИСЬМОВИХ УХВАЛ, ЯКІ НЕ ПЕРЕДБАЧЕНІ СТАТТЕЮ 255 ГПК УКРАЇНИ



Олександр Мартиновський, адвокат, керуючий партнер
Адвокатського об'єднання «Мартиновський та партнери»

Внесення Законом України від 02.06.16 р. № 1401 змін до Конституції України щодо правосуддя, а також набрання чинності нової редакції Господарського процесуального кодексу України¹ з 15.12.17 р. спричинило виникнення в практиці господарських судів нових колізій та проблем, однією з яких є недостатньо чітке розмежування випадків, у яких господарський суд постановляє ухвали, які оформляються окремим письмовим документом, та протокольні ухвали, які постановляються в судовому засіданні, не виходячи до нарадчої кімнати. Виникнення такої проблеми зумовлено як недостатніми повнотою та ясністю окремих норм ГПК з цього питання, так

і вузьким, буквально розумінням суддями таких норм ГПК окремо від загальних засад судочинства та інших кореспондуючих норм. У результаті це призводить до того, що господарські суди в однакових ситуаціях по-різному застосовують одні й ті ж норми ГПК, мотивуючи свої ухвали неврегульованістю такого питання у зазначеному кодексі або з інших надуманих мотивів.

Цілком природно, що при всіх своїх значних перевагах новий ГПК не може врегулювати абсолютно всі випадки та передбачити детальні відповіді на всі процедурні питання, що виникають у ході розгляду справи.

Однак спрощене, буквально розуміння суддями окремих норм нової редакції ГПК та таке їх застосування без врахування основних засад господарського судочинства є неприйнятними і на практиці призводить до порушення процедури вирішення спору, а також прав учасників справи на справедливий суд.

Однією з гарантій права на справедливий суд є розгляд та вирішення господарським судом першої інстанції відповідних процедурних питань шляхом

постановлення ухвал у визначених ГПК формах — письмовій (як окремого документа) або протокольній.

Треба враховувати, що право на справедливий суд буде ефективним лише за умови, що заяви учасників справи були розглянуті судом за процедурою, яка визначена відповідним процесуальним законом. Тому в контексті «процесуальної» справедливості важливе значення для забезпечення прав учасників справи має правильне та чітке розмежування визначених законом випадків, у яких ухвали оформлюються окремим документом, від інших випадків, у яких у судовому засіданні, не виходячи до нарадчої кімнати, постановляються протокольні ухвали.

¹ Далі за текстом — ГПК.



Як свідчить неоднозначна та суперечлива судова практика, господарські суди не завжди правильно розуміють правові підстави постановлення письмових та протокольних ухвал та не завжди правильно розрізняють, у яких випадках постановляються лише протокольні ухвали, а у яких — письмові ухвали.

Так, ухвалою від 14.05.18 р. Господарського суду міста Києва у справі № 910/18879/16², яка постановлена у нарадчій кімнаті у підготовчому засіданні, закрито провадження у справі за позовом ПАТ «Банк «Фінанси та Кредит» в особі Уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб на ліквідацію ПАТ «Банк «Фінанси та Кредит» до ТОВ «Прогресгруп», ПрАТ «Росава», за участю третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на боці позивача — Фонд гарантування вкладів фізичних осіб³ про стягнення 386 075 895,54 грн. у частині позовних вимог про стягнення з ТОВ «Прогресгруп» кредитної заборгованості у сумі 112 216 336,41 грн. та кредитної заборгованості у сумі 272 859 559,13 грн.

Однак 04.06.18 р. за тією ж справою Господарським судом міста Києва у тому ж складі суду у підготовчому засіданні були розглянуті дві інші заяви відповідача ПрАТ «Росава» про закриття провадження у справі з інших підстав, за результатом розгляду яких господарський суд без виходу до нарадчої кімнати постановив 2 протокольні ухвали про відмову у задоволенні заяви про закриття провадження у справі, які не були письмово оформлені як окремі документи.

Постановлення таких двох протокольних ухвал без виходу до нарадчої кімнати та без їх оформлення як окремих письмових документів у цій справі господарський суд мотивував тим, що, на думку суду, новим ГПК у таких випадках нібито не передбачено оформлення ухвали про відмову у закритті провадження у справі як окремого документа.

Найгіршим у цій ситуації є масовість схожих аналогічних випадків у практиці господарських судів щодо вирішення процедурних питань.

Такий спрощений підхід, на нашу думку, вбачається хибним і є наслідком вірогідного нерозуміння принципів верховенства права, пропорційності та рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, а також не враховує таке.

Відповідно до ч. 1 ст. 11 ГПК суд при розгляді справи керується **принципом верховенства права**.

Як у теорії, так і на практиці принцип верховенства права полягає у тому, що лише закон має регламентувати порядок здійснення судочинства у господарських судах, а суди і судді повинні діяти виключно в межах законів (якими у цьому випадку є Конституція України та чинна редакція ГПК).

Виходячи з принципу верховенства права, обов'язковою правовою підставою постановлення господарським судом протокольної ухвали про відмову у закритті провадження у справі має бути чітка норма закону, якою би це було передбачено, а не думка чи помилкове уявлення про те, що законом нібито не передбачено оформлення письмової ухвали у цьому випадку.

За загальним правилом, яке передбачено ч. 4 ст. 233 ГПК, ухвали суду, які оформлюються окремим документом, постановляються в нарадчій кімнаті, інші ухвали суд може постановити, не виходячи до нарадчої кімнати.

Відповідно до ч. 5 ст. 233 ГПК, ухвали суду, постановлені окремим документом, підписуються суддею (суддями) і приєднуються до справи. Ухвали, постановлені судом, не виходячи до нарадчої кімнати, заносяться до протоколу судового засідання.

Аналіз нової редакції ГПК дозволяє дійти висновку, що кодекс не містить спеціальної норми про те, що ухвала про відмову у закритті провадження постановляється судом, не виходячи до нарадчої кімнати, та заноситься до протоколу судового засідання.

Виходячи з принципу верховенства права, ст. 233, 254 та 255 ГПК й інші його норми не слугують достатніми правовими підставами для висновків про те, що новим ГПК не передбачено оформлення ухвали про відмову у закритті провадження у справі як окремого документа або що ухвала про відмову у закритті провадження у справі не повинна постановлятися в нарадчій кімнаті та оформлюватися окремим письмовим документом.

Таким чином, критерій віднесення або невіднесення ухвал суду першої інстанції до переліку ухвал, які зазначені у ч. 1 ст. 255 ГПК, не може бути застосований для виправдання застосованого

² Див. ЄДРСР: URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74159129>.

³ Далі за текстом — ФГВФО.



Господарським судом міста Києва у справі №910/18879/16 підходу.

По-перше, не слід ототожнювати оскарження ухвали в апеляційному порядку з її оформленням відповідно до принципів верховенства права, «процесуальної» пропорційності та рівності учасників судового процесу перед законом і судом, які впливають з вимог ст. 2, 3, 7 та 15 ГПК та ст. 129 Конституції України, та, по-друге, про що вже зазначалося вище, ГПК взагалі не містить норми про те, що ухвала про відмову у закритті провадження постановляється судом, не виходячи до нарадчої кімнати, та заноситься до протоколу судового засідання.

Судова практика ЄСПЛ визначає **принцип пропорційності** як невід'ємну складову та інструмент верховенства права, адже, як у матеріальному, так і в процесуальному аспектах, ці принципи є взаємопов'язаними. Їх зв'язок полягає у тому, що принцип верховенства права є фундаментом, на якому базується принцип пропорційності, натомість принцип пропорційності є умовою реалізації принципу верховенства права і водночас його необхідним наслідком.

Процесуальний аспект принципу пропорційності як основної засади господарського судочинства розкривається у ст. 15 ГПК, відповідно до якої, суд визначає в межах, установлених цим Кодексом, порядок здійснення провадження у справі відповідно до принципу пропорційності, враховуючи: завдання господарського судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; особливості предмета спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін, час, необхідний для вчинення тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями, тощо.

У практиці ЄСПЛ пропорційність розглядається як дотримання справедливого балансу між потребами загальної суспільної ваги та потребами збереження фундаментальних прав людини, враховуючи, що заінтересована особа не повинна нести непропорційний та непомірний тягар.

ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово наголошував, що держава має право встановлювати певні обмеження права осіб на доступ до суду; такі обмеження мають переслідувати легітимну мету, не порушувати саму сутність цього права, а між цією метою і запровадженими заходами має існувати пропорційне співвідношення

(п. 57 *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28.05.1985, п. 96 *Krombach v. France*, 13.02.2001).

Тому випадки постановлення протокольних ухвал, наслідком чого є неоформлення господарським судом письмової ухвали з цього питання, слід аналізувати також з погляду допустимих обмежень інтересів учасників справи.

Аналіз ст. 233 ГПК у взаємозв'язку зі ст. 254 та 255 ГПК дозволяє дійти висновку, що всебічне та повне вирішення питання про закриття провадження у справі включає елемент міркувань суду щодо закриття провадження у справі, так і одночасно з цим — міркувань суду щодо відмови у задоволенні відповідної заяви учасника справи про закриття провадження у справі, у зв'язку з чим такі міркування взаємопов'язані, стосуються одного й того ж предмета і не можуть бути розглянуті окремо.

У зв'язку з наявністю спільного елемента, постановлення процесуальної ухвали, наприклад про відмову у закритті провадження у справі, явно порушує рівновагу та баланс інтересів учасників справи та інтересів правосуддя порівняно з постановленням ухвали про закриття провадження у справі.

Таким чином, постановлення процесуальної ухвали у такому випадку є невиправданим з погляду допустимих обмежень інтересів учасників справи.

Виходячи з процесуального аспекту пропорційності та верховенства права, керуючись ст. 2 та 15 ГПК, а також ст. 233, 254 та 255 ГПК, ухвалу про відмову у задоволенні заяви про закриття провадження у справі господарський суд повинен постановляти в аналогічний спосіб та формі, що й ухвалу про закриття провадження у справі.

Крім того, господарські суди не достатньою мірою враховують вимоги ст. 3 ГПК, відповідно до якої судочинство в господарських судах здійснюється відповідно до Конституції України, цього Кодексу, законів України від 23.06.05 р. № 2709 «Про міжнародне приватне право» та від 14.05.92 р. № 2343 «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Відповідно до ст. 8 Конституції України Конституція має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції



України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Тому важливе значення для розмежування випадків прийняття господарським судом письмових та протокольних ухвал у господарському процесі мають конституційні засади судочинства, які визначені ст. 129 Конституції України, а також актуальними Рішеннями Конституційного Суду України⁴, в яких надається їх офіційне тлумачення.

Статтею 129 Конституції України, як у редакції, що діяла включно до 29.09.16 р., так і в редакції з дня набрання чинності Законом № 1401 від 02.06.16 р. (тобто з 30.09.16 р.), передбачено однією з основних засад судочинства **рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом**.

З незмінності цієї основної засади випливає висновок про те, що викладення ст. 129 Конституції України в новій редакції Законом № 1401 від 02.06.16 р. по суті жодною мірою не вплинуло на необхідність врахування Рішень КСУ, в яких офіційно тлумачиться ця конституційна засада судочинства.

Не змінивши цю основну засаду, законодавець фактично підтвердив актуальність її офіційних тлумачень у відповідних Рішеннях КСУ, адже «тіло» цієї основної засади залишилось таким же.

Відхід від раніше висловленого КСУ офіційного тлумачення цієї основної засади судочинства був би виправданий лише у випадку, якщо КСУ висловив іншу, відмінну, правову позицію у своєму Рішенні щодо офіційного тлумачення нової редакції ст. 129 Конституції України та зазначених у ній основних засад судочинства.

Оскільки ця основна засада судочинства включена до нової редакції ст. 129 Конституції України, а виключно до повноважень КСУ належить офіційне тлумачення Конституції України (ст. 7 Закону України від 13.07.17 р. № 2136 «Про Конституційний Суд України»), тому необхідно враховувати її офіційне тлумачення у відповідних Рішеннях КСУ.

Зокрема, у Рішенні від 08.07.10 р. у справі № 1-43/2010 КСУ дійшов висновку, що апеляційному оскарженню підлягають як ухвали про роз'яснення рішення суду, так і ухвали про відмову в його роз'яс-

ненні. Відмова у реалізації такої можливості може призвести до порушення конституційних засад судочинства — рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом.

У цьому контексті необхідно врахувати також Рішення КСУ від 28.04.10 р. у справі № 1-30/2010, в якому зроблено правовий висновок про те, що окремо від рішення суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали як про забезпечення позову і щодо скасування забезпечення позову, так і ухвали, якими відмовлено в забезпеченні позову та скасуванні забезпечення позову. Згідно з цим Рішенням КСУ таке розуміння узгоджується з положенням п. 2 ч. 3 ст. 129 Конституції України, яким гарантується рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом.

Аналіз чинної редакції ст. 129 Конституції України, Рішень КСУ від 28.04.10 р. у справі № 1-30/2010 та від 08.07.10 р. у справі № 1-43/2010 у сукупності зі ст. 2 та 7 та 11 ГПК дозволяє дійти висновку, що в господарському процесі конституційний принцип рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом на практиці реалізується в тому числі таким чином, що якщо згідно з вимогами ГПК господарським судом повинна бути оформлена письмово як окремий документ та постановлена ухвала, якою вирішено відповідне процесуальне питання (вчинена процесуальна дія), то виключно у такий же спосіб та процесуальній формі господарський суд повинен постановити ухвалу про відмову у вирішенні такого процесуального питання (вчиненні такої процесуальної дії).

І навпаки, якщо згідно з вимогами ГПК господарським судом повинна бути оформлена письмово як окремий документ та постановлена ухвала про відмову у вчиненні відповідної процесуальної дії, то виключно у такий саме спосіб та процесуальній формі господарський суд повинен постановити ухвалу про вчинення такої процесуальної дії.

Процесуальна рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом є фундаментальною засадою господарського судочинства, яка поширюється не лише на учасників справи чи окремі норми ГПК, а на весь господарський процес загалом, у тому числі й на процедуру постановлення та вимоги щодо оформлення господарським судом відповідних ухвал,

⁴ Далі за текстом — КСУ.



що є однією з форм реалізації та забезпечення державою права учасників справи на справедливий суд.

Тому з позиції принципу рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, між ухвалою, наприклад, про закриття провадження у справі та ухвалою про відмову у закритті провадження у справі немає і не може бути жодних формальних відмінностей, за винятком змісту викладених у них мотивів та висновків господарського суду щодо їх постановлення, що і мав на увазі КСУ у зазначених вище Рішеннях.

Така дія цього принципу стосується і всіх інших ухвал, які прямо не передбачені ст. 255 чи іншою нормою ГПК, однак в яких господарським судом вирішуються процедурні питання, що пов'язані чи стосуються одного й того предмета, або не можуть бути розглянуті окремо від процедурних питань, що вирішуються ухвалою, для якої ГПК передбачена письмова форма, зокрема: ухвали про видачу судового наказу; про відмову у скасуванні ухвали про забезпечення доказів; про відмову у забезпеченні позову; про відмову у заміні заходу забезпечення позову; про відмову у зустрічному забезпеченні, зміні чи скасуванні зустрічного забезпечення; про поновлення або продовження пропущеного процесуального строку; про відмову у затвердженні мирової угоди; про відмову у призначенні експертизи; про відмову у зупиненні провадження у справі; про відмову у закритті провадження у справі; про відмову у залишенні позову (заяви) без розгляду; про відмову у винесенні окремої ухвали; про відмову щодо відстрочки або розстрочки виконання рішення, ухвали, постанови, зміни способу та порядку їх виконання; про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам, чи нерухоме майно, право власності на яке не зареєстровано в установленому законом порядку; про відмову у тимчасовому обмеженні у праві виїзду за межі України; про відмову у визначенні частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами; про відкриття провадження у справі про скасування рішення третейського суду та інших ухвал.

Незабезпечення господарським судом «процесуальної» справедливості порушує справедливість процесу з погляду прав учасників справи, що матиме свою ціну для держави, оскільки відповідно до практики

ЄСПЛ як джерела права саме на державу покладається обов'язок забезпечувати виконання вимог «справедливого суду» Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод⁵ у кожній окремій справі (Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands, § 33), а за змістом ст. 6 § 1 Конвенції, справедливість провадження завжди оцінюється їх розглядом загалом для того, щоб окрема помилка не порушувала справедливість усього провадження (Miroļubovs and Others v. Latvia, § 103).

Непостановлення господарським судом письмової ухвали, так само, як і постановлення господарським судом протокольної ухвали у випадку, коли суд повинен був оформити письмову ухвалу як окремий документ, є відмовою у правосудді та порушує одночасно як право учасників справи на справедливий суд (ст. 6 Конвенції), так і право на судовий захист, яке передбачене ст. 55 Конституції України, згідно з якою права і свободи людини і громадянина захищаються судом.

Та обставина, що новою редакцією ГПК як механізму ефективного захисту прав учасника справи в таких випадках прямо не передбачено оскарження протокольної ухвали до апеляційного суду, не означає відсутність в учасника справи інших доступних та ефективних засобів судового захисту.

Оскільки відповідно до практики ЄСПЛ як джерела права, право на справедливий судовий розгляд, що гарантується ст 6 § 1 Конвенції, має здійснюватися відповідно до норм закону, що передбачають наявність у сторін судового розгляду ефективного судового захисту з метою захисту їх цивільних прав (Beles and others v. the Czech Republic, § 49), то одним з таких доступних засобів ефективного судового захисту прав учасників справи, за допомогою якого господарському суду певною мірою надається можливість виправити допущені очевидні помилки та самостійно усунути допущені порушення, не перекладаючи цю функцію на суди вищих інстанцій, могло б бути вжиття заходів щодо колегіального розгляду справи, що, однак, не може розглядатися як панацея.

З іншого боку, неоднозначна судова практика у питанні розмежування випадків постановлення господарським судом протокольних та письмових ухвал ставить учасників справи у стан правової невизначеності, що є недопустимим у відповідності до змісту та сут-

⁵ Далі за текстом — Конвенція.



ності принципів верховенства права та законності, а також порушує право учасника на справедливий суд.

Відсутність в окремих нормах ГПК критеріїв розмежування протокольних та письмових ухвал господарського суду не звільняє господарський суд від належного обґрунтування своїх процесуальних дій у кожному конкретному випадку.

Оскільки окремі норми ГПК не містять передбачені та зрозумілі критерії розмежування протокольних та письмових ухвал господарського суду, тому слід виходити з таких, визначених ч. 3 ст. 2 ГПК, основних засад (принципів) господарського судочинства як верховенство права, пропорційність та рівність учасників судового процесу перед законом і судом, остання

з яких є основною засадою судочинства також згідно зі ст. 129 Конституції України.

Враховуючи фундаментальне значення основних засад судочинства та їх взаємну обумовленість, визначені у ст. 2 ГПК принципи верховенства права, пропорційності як елемента та умови реалізації процесуального аспекту принципу верховенства права, а також рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, відіграють надзвичайно важливу роль у розвитку судової практики та вирішенні складних процедурних питань, що виникають при розгляді справи господарським судом та не врегульовані з достатньою точністю та ясністю у нормах чинної редакції ГПК.



ФУНКЦІОНУВАННЯ ПАЙОВИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ФОНДІВ: ПОДАТКОВІ РИЗИКИ ПІЛЬГОВОГО ОПОДАТКУВАННЯ



Леонід Белкін, адвокат

Особливим інструментом залучення інвестицій є інститути спільного інвестування¹. Особливою конструкцією у сфері спільного інвестування згідно з українським законодавством є пайові інвестиційні фонди². Первісно ця конструкція була унормована Законом України від 15.03.01 р. № 2299 «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)»³ (втратив чинність), за яким ПІФ у ст. 22 визначалися як активи, що належать інвесторам на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються останньою окремо від результатів її господарської діяльності. У Законі України від 05.07.12 р. № 5080 «Про інститути спільного інвестування»⁴, який прийнятий на зміну Закону № 2299 та набрав чинності з 01.01.14 р., загалом збережено це визначення у ст. 41. Однак законодавець відтепер вживає термін «пайовий фонд». Загалом це незвична у цивільному праві конструкція, яка передбачає

відокремлену власність без чітко зафіксованого власника. Абстрактне формулювання «належать учасникам такого фонду на праві спільної часткової власності» дозволяє різноманітним контролюючим органам, передусім податковим, взагалі ігнорувати такого власника і, коли їм вигідно, свавільно приписувати ці активи безпосередньо компанії з управління активами⁵.

Як і Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств», що діяв раніше, так і нині Податковий кодекс України передбачають пільги щодо оподаткування податком на прибуток доходів ІСІ, у тому числі ПІФ — такі доходи, отримані за рахунок операцій з активами ІСІ, не є об'єктом оподаткування податком на прибуток. При цьому кошти, які належать самій КУА, не підпадають під дію пільг. Податківці мають звичку так робити, щоб, маніпулятивно використовуючи певні «дірки» у законі, вивести обороти, які насправді належать ПІФ, з-під дії пільг. Для цього робиться нехитра маніпуляція — достатньо податківцям приписати обороти ПІФ безпосередньо КУА, як тут же «з'являється»

об'єкт оподаткування у вигляді «доходів» КУА. Судовій практиці відомі три варіанти приписування доходів ПІФ безпосередньо КУА.

І. В ухвалі Вищого адміністративного суду України⁶ від 08.07.10 р. № К-13514/07, 13515/07 розглядався випадок, коли певні активи (облігації) були придбані в активи ПІФ до реєстрації проспекту емісії інвестиційних сертифікатів, а доходи на ці активи отримані після такої реєстрації та завершення розміщення інвестиційних сертифікатів. В ухвалі ВАСУ від 08.07.10 р. колегія суддів зазначила⁷, що за змістом ст. 22 Закону № 2299 для кожного пайового інвестиційного фонду складається окремий баланс. У балансі відображаються ак-

¹ Далі за текстом — ІСІ.

² Далі за текстом — ПІФ.

³ Далі за текстом — Закон № 2299.

⁴ Далі за текстом — Закон № 5080.

⁵ Далі за текстом — КУА.

⁶ Далі за текстом — ВАСУ.

⁷ Див. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11018858>.



тиви, зобов'язання та власний капітал підприємства. З первинних документів видно, що спірні облігації правомірно обліковуються в активах зазначеного балансу фонду, а джерелом їх формування є власний капітал фонду, а не власний капітал КУА. Згідно зі ст. 22, 23 Закону № 2299 активи пайового інвестиційного фонду належать інвесторам на праві спільної часткової власності. Відповідно до ст. 25 цього ж закону інвестором пайового інвестиційного фонду є особа, яка придбала інвестиційні сертифікати. Як свідчать матеріали справи, інвестиційні сертифікати фонду були повністю розподілені 28.09.04 р., тобто активи фонду, зокрема спірні облігації, правомірно перебували у спільній частковій власності інвесторів, а не у власності КУА.

Тобто якщо податковий орган не доводить, що спірні активи придбані за рахунок коштів КУА як юридичної особи, доходи на такі активи не можуть вважатися доходами КУА і не можуть вважатися об'єктами оподаткування.

Варто зазначити, що в новому Законі № 5080 це питання врегульоване таким чином, що згідно з ч. 6 ст. 42 цього закону, у період між внесенням відомостей про пайовий фонд до Реєстру та реєстрацією проспекту емісії інвестиційних сертифікатів, КУА пайового фонду не має права вчиняти за рахунок та в інтересах такого фонду будь-які дії, крім тих, що спрямовані на реєстрацію проспекту емісії його інвестиційних сертифікатів.

Отже, за новим законом, активи, придбані до реєстрації проспекту емісії, не можуть бути визнані активами фонду через пряму заборону закону.

II. У низці справ розглянута ситуація, коли податківці відмовляли у статусі активів ПІФ активам, що придбані в інтересах фонду в борг, а розрахунок за ці активи був здійснений після їх продажу. Доходи від здійснення таких операцій податківці приписували КУА.

В ухвалі ВАСУ від 07.12.11 р. № К/9991/4591/11⁸ зазначено, що «чинним законодавством не встановлено вимог щодо черговості з придбання цінних паперів (оплата чи передача прав власності), **обов'язкової наявності джерела для оплати цінних паперів, що придбаваються, та неможливості їх відчуження до повної оплати попередньому власнику**».

Крім того, у зазначеній ухвалі ВАСУ врахував, що згідно з ч. 5 ст. 3 чинного на той момент Закону України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні», право власності на цінні папери, випущені в бездокументарній формі, переходить до нового власника з моменту зарахування цінних паперів на рахунок власника у зберігача. З огляду на викладене, колегія суддів погодилася з висновками судів попередніх інстанцій, що цінні папери, **які набув у власність ІСІ, є його активом, оскільки до нього перейшли права власника щодо них, що підтверджується випусками зберігача про операції з цінними паперами на рахунок у цінних паперах** пайового фонду, у зв'язку з чим управляюча компанія правомірно застосувала пільгу щодо оподаткування активів ПІФ.

Таким чином, ключовим чинником віднесення активів до складу ПІФ є правостановлюючі документи (виписки зберігача про операції з цінними паперами) та рух коштів по рахунках, відкритих для ПІФ. Такі обороти не можуть перестрибувати в активи безпосередньо КУА і підводитися під оподаткування податком на прибуток, що підтверджується й судовою практикою.

Аналогічна позиція підтримується також в ухвалах ВАСУ від 15.01.14 р. № К/800/52944/13⁹, від 04.09.14 р. № К/800/38368/14¹⁰, від 19.04.16 р. № К/800/50161/14¹¹. Водночас, щоб не ризикувати і не отримувати великі донарахування податків, з яких, перш ніж добратися до суду, потрібно буде сплатити великий розмір судового збору, слід уникати придбання активів у борг. Для цього задля придбання такого активу без витрачання грошей слід продати продавцю бажаного активу будь-який актив фонду (дорого) з гарантією наступного викупу і назустріч отримати бажаний актив. Перед його продажем слід оформити залік зустрічних вимог. За таких умов буде дотриманий необхідний ланцюг перший актив → дебіторська заборгованість → другий актив → гроші за цей актив. Після їх отримання може бути зроблений зворотний викуп першого активу.

III. З набранням чинності Закону № 5080 у податківців з'явилися нові можливості для тиску на КУА за наслідками управління ними активами ПІФ. Річ у тому, що деякі активи, які дозволялося придбавати в активи

⁸ Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/20371105>.

⁹ Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36945425>.

¹⁰ Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40545151>.

¹¹ Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57369534>.



ПІФ за старим законом, стали недозволеними для придбання за новим законом. У результаті податківці відмовляли у визнанні пільги за доходами, які отримані після 01.01.14 р., за активами, що придбані до 01.01.14 р. та що стали недозволеними за новим законом.

При вирішенні цієї проблеми необхідно мати на увазі, що згідно зі ст. 5 Цивільного кодексу України, акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності. Акт цивільного законодавства не має зворотної дії у часі, крім випадків, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи. Якщо цивільні відносини виникли раніше і регулювалися актом цивільного законодавства, який втратив чинність, новий акт цивільного законодавства застосовується до прав та обов'язків, що виникли з моменту набрання ним чинності.

Зазначені формулювання, по суті, є віддзеркаленням ст. 58 Конституції України, відповідно до якої закони та інші нормативно-правові акти **не мають зворотної дії в часі**, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Прийняте нове законодавство не вимагало розірвання договорів, які були чинні на момент прийняття нового законодавства, та не оголошувало активи, які були прийняті за попереднім законодавством, неактивними такого фонду.

Аналогічної думки дотримується і Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку, яка в одному зі своїх роз'яснень зазначила, що якщо певні договори, зокрема договори позики, були укладені до 01.01.14 р., такі договори та відсотки за ними залишаються коштами спільного інвестування.

спільного інвестування (відсотки за позиками, орендні (лізингові) платежі, роялті тощо). Кошти, внесені засновниками корпоративного фонду, вважаються коштами спільного інвестування після внесення такого фонду до Реєстру.

Отже, якщо до 01.01.2014 року компанією з управління активами було укладено договори позики в інтересах та за рахунок коштів венчурного фонду з позичальником, менш як 10 відсотків статутного капіталу якого належить цьому венчурному фонду, такі договори виконуються на зазначених у них умовах (у разі якщо, починаючи з 01.01.2014 зміни до таких договорів не вносились). При цьому, боргові зобов'язання, оформлені договорами позики, та доходи (відсотки за позиками), отримані венчурними фондами за такими договорами, в тому числі за зазначений у листі період, є відповідно активами та коштами спільного інвестування.

Одночасно з цим, звертаємо увагу, що цей лист стосується виключно суб'єкта звернення та не є офіційним роз'ясненням Комісії.

Член Комісії

О. Панченко

Варто зазначити, що до напрацювання судової практики у зв'язку із набранням чинності саме Законом № 5080 у пригоді може стати судова практика, яка створена у зв'язку із іншою зміною законодавства.

Так, в ухвалі ВАСУ від 05.04.17 р. № К/800/17035/14¹² зазначено, що якщо позивач придбав вексель до набрання чинності нормами нового закону і вексель обліковувався як актив ПІФ, то **операція з продажу не повинна**

відобразитися в податковому обліку позивача, оскільки виключення векселів з активів венчурного фонду новим законом не означає поширення положень про це цього Закону на активи венчурного фонду, сформовані до набрання чинності цим Законом.

Тобто підтверджується, що активи ПІФ не можуть коригуватися заднім числом і втрачати статус активів, а отже, не можуть втрачати пільг з оподаткування.

¹² Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66534492>.



КАСАЦІЙНИЙ «ПОГЛЯД» ВЕРХОВНОГО СУДУ НА ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ: ОГЛЯД ОКРЕМИХ ПОСТАНОВ



Костянтин Рибалко, заступник начальника
відділу правового забезпечення Юридичного
управління Головного управління
Держгеокадастру у Харківській області



Артем Алексенко, головний спеціаліст
відділу правового забезпечення Юридичного
управління Головного управління
Держгеокадастру у Харківській області

Початком роботи нового Верховного Суду¹ стало 15 грудня 2017 року — дата, яка є символічною, оскільки присвячена 100-річчю від дня заснування Верховного суду Української народної республіки. У цей день наша країна вже протягом останніх сімнадцяти років відзначає професійне свято — День працівника суду. Відтепер ця дата також є своєрідним символом надії на довгоочікувані результати судової реформи.

Реформа, мета якої — фактичне формування нової судової філософії, спрямована не лише на переформатування суті ВС через його нове «касаційне забарвлення» та якісне оновлення судового складу, але й взагалі на зростання довіри громадян до судової системи.

Поживемо-побачимо, а точніше, відчуємо. Вплив таких змін на земельні правовідносини поступово починає відчуватись. Про огляд окремих земельних судових постанов «нового» ВС — далі в статті.

ПОЗИЦІЇ ВС ЩОДО ЮРИСДИКЦІЇ

ВС отримав дієвий механізм для забезпечення усталеної практики судами в земельних спорах, який може допомогти раз і назавжди вирішити усі неузгодженості з приводу розмежування предметної юрисдикції тих чи інших категорій справ — розгляд справи Великою Палатою ВС.

Так, справа підлягає передачі на розгляд Великої Палати ВС у всіх випадках, коли учасник справи оскаржує судові рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції (ч. 6 ст. 302

Кодексу адміністративного судочинства України², ч. 6 ст. 403 Цивільного процесуального кодексу України³, ч. 6 ст. 346 Господарського процесуального кодексу України⁴).

І одразу зазначена норма почала працювати та давати необхідні плоди у формі постанов Великої Палати ВС, які містять у собі корисні висновки з приводу застосування норм матеріального та процесуального права, спрямовані на усунення проблем у розмежуванні певних категорій спорів, що виникають із земельних правовідносин.

¹ Далі за текстом — ВС.

² Далі за текстом — КАС.

³ Далі за текстом — ЦПК.

⁴ Далі за текстом — ГПК.



Зупинимось на найбільш цікавих постановах Великої Палати ВС щодо визначення предметної юрисдикції у земельних спорах, які можуть мати фундаментальний характер для встановлення єдності судової практики.

ПОСТАНОВА ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ ВС ВІД 14.03.18 Р. У СПРАВІ № 363/2449/14-А⁵

Рішення органу місцевого самоврядування⁶ про передачу земельної ділянки у приватну власність, на підставі якого в особи виникло речове право, скасовується в порядку цивільного (господарського) судочинства.

У зазначеному судовому рішенні Велика Палата ВС підтвердила висновки, викладені раніше Верховним Судом України⁷ у постановах від 09.12.14 р. у справі № 21-308а14, від 11.11.14 р. у справі № 21-493а14 з приводу того, що ОМС як представницький орган територіальної громади, реалізуючи передбачене законодавством право власності на землю та передаючи земельні ділянки у власність або користування фізичним або юридичним особам, не здійснює владних управлінських функцій, а тому правовідносини, що виникають при прийнятті таким органом рішень про передачу земельної ділянки у власність або користування, не є публічно-правовими.

Конституційний Суд України⁸ в рішенні від 16.04.09 р. № 7-рп/2009 зазначив, що ОМС, вирішуючи питання місцевого значення, представляючи спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, приймають нормативні та ненормативні акти. До нормативних належать акти, які встановлюють, змінюють чи припиняють норми права, мають локальний характер, розраховані на широке коло осіб та застосовуються неодноразово, а ненормативні — це акти, які передбачають конкретні приписи, звернені до окремого суб'єкта чи юридичної особи, застосовуються одноразово і після реалізації вичерпують свою дію.

Велика Палата ВС звертає увагу, що у відносинах, які склалися між учасниками справи, сільська рада як власник землі, вільна у виборі суб'єкта щодо передачі земельної ділянки в приватну власність у поряд-

ку, визначеному законом, та не здійснює при цьому владні управлінські функції. Тому предметом позову є саме перевірка правильності формування волі однієї зі сторін стосовно розпорядження землею та передачі відповідних прав щодо неї, що не є предметом розгляду за правилами КАС (у редакції, чинній на час прийняття рішення).

ПОСТАНОВА ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ ВС ВІД 18.04.18 Р. У СПРАВІ № 707/1580/15-Ц⁹

Спір про відмову у приватизації земельної ділянки, що перебуває у користуванні особи, — цивільна юрисдикція.

У зазначеній справі Суд дійшов висновку, що спір між громадянином, у користуванні якого перебуває земельна ділянка, із ОМС з приводу приватизації такої земельної ділянки має розглядатись в порядку цивільного судочинства.

Судова юрисдикція — це інститут права, який покликаний розмежувати компетенцію як різних ланок судової системи, так і різні види судочинства, якими є цивільне, кримінальне, господарське та адміністративне, між собою.

Критеріями розмежування судової юрисдикції, тобто передбаченими законом умовами, за яких певна справа підлягає розгляду за правилами того чи іншого виду судочинства, є суб'єктний склад правовідносин, предмет спору та характер спірних матеріальних правовідносин. Крім того, таким критерієм може бути пряма вказівка в законі на вид судочинства, в якому розглядається визначена категорія справ.

При вирішенні питання щодо компетенції суду слід врахувати критерій суб'єктного складу спірних правовідносин, одним з яких є участь суб'єкта владних повноважень, визначити характер правовідносин, із яких виник спір, і кінцеву мету пред'явлення позову. За своїм змістом земельний спір, що виник із розпорядження ОМС землею комунальної власності, є складним і комплексним із правової точки зору. При прийнятті рішення про передачу земельної ділянки у власність ці органи, з одного боку, пе-

⁵ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72850795>.

⁶ Далі за текстом — ОМС.

⁷ Далі за текстом — ВСУ.

⁸ Далі за текстом — КСУ.

⁹ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73565786>.



ребувають у статусі суб'єкта владних повноважень, а з іншого — реалізують право власності на землю територіальної громади. Крім того, таке рішення, як правовий акт індивідуальної дії, є підставою, з якої виникає речове право власності чи користування землею у суб'єктів приватного права.

Оспорювання рішення ОМС поглинається спором про речове, приватне право, яке могло як належати особі до звернення до ОМС, так і виникнути в результаті реалізації рішення органу державної влади¹⁰ чи місцевого самоврядування, але захист якого відбувається у порядку цивільного судочинства (ст. 15 ЦПК) у спосіб, характерний для приватноправових відносин.

Отже, підстав для визначення спору як адміністративного не вбачається, оскільки ч. 1 ст. 118 Земельного кодексу України¹¹ (2001 р.) передбачає особливості набуття земельної ділянки у власність (її приватизацію) громадянами у разі, якщо вказана земельна ділянка перебуває у їх правомірному користуванні. Тобто у позивачки виникли відповідні цивільні права, які підлягають судовому захисту у порядку цивільного судочинства.

ПОСТАНОВА ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ ВС ВІД 24.04.18 Р. У СПРАВІ № 401/2400/16-Ц¹²

Відмова в наданні дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки в межах норм безоплатної приватизації — адміністративне судочинство.

ВС підтверджено висновок ВСУ, викладений у постанові від 19.01.16 р. у справі № 21-3690а15, з приводу юрисдикції спорів громадян з ОДВ або ОМС щодо надання дозволу на розроблення проекту землеустрою.

КСУ у рішенні від 01.04.10 р. № 10-рп/2010 у справі за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. 143 Конституції України, пп. «а», «б», «в», «г» ст. 12 ЗК, п. 1 ч. 1 ст. 17 вирішив, що:

— положення пп. «а», «б», «в», «г» ст. 12 ЗК у частині повноважень сільських, селищних, міських рад відповідно до цього Кодексу вирішувати питання

розпорядження землями територіальних громад, передачі земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб, надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності, вилучення земельних ділянок із земель комунальної власності треба розуміти так, що при вирішенні таких питань ці ради діють як суб'єкт владних повноважень;

— положення п. 1 ч. 1 ст. 17 КАС стосовно поширення компетенції адміністративних судів на «спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності» слід розуміти так, що до публічно-правових спорів, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів, належать і земельні спори фізичних чи юридичних осіб з ОМС як суб'єктом владних повноважень, пов'язані з оскарженням його рішень, дій чи бездіяльності.

У справі, яка розглядається, позивачка звернулася до суду з позовом на захист свого інтересу в отриманні земельної ділянки для ведення садівництва, який не було реалізовано в порядку, передбаченому ч. 6, абз. 1 ч. 7 ст. 118 ЗК. При цьому в позовній заяві ОСОБА_3 послалась на те, що внаслідок порушення відповідачем строку розгляду клопотання про надання дозволу на розробку проекту землеустрою вона має право на розроблення проекту землеустрою без отримання такого дозволу. Наявності існуючого речового права позивачки або інших осіб на цю земельну ділянку суди не встановили.

З аналізу наведених норм убачається, що Світловодська міськрада під час прийняття рішення про відмову в наданні дозволу на розробку проекту із землеустрою щодо відведення земельної ділянки здійснювала владні управлінські функції, оскільки в цих правовідносинах відповідач реалізує свої контрольні функції у сфері управління, що підпадає під юрисдикцію адміністративного суду.

Слід звернути увагу, що аналогічна правова позиція висловлена Великою Палатою ВС в постанові від 21.03.18 р. у справі № 536/233/16-ц¹³.

¹⁰ Далі за текстом — ОДВ.

¹¹ Далі за текстом — ЗК.

¹² Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73657867>.

¹³ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73565908>.

**ПОСТАНОВА ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ
ВЕРХОВНОГО СУДУ ВІД 16.05.18 Р.
У СПРАВІ № 911/4111/16¹⁴**

Справи у спорах, що виникають із земельних відносин, у яких беруть участь суб'єкти господарської діяльності, проте предмет спору в яких безпосередньо стосується прав і обов'язків фізичних осіб, підлягають розгляду за правилами цивільного судочинства.

У вказаній постанові ВС, враховуючи універсальний та глобальний характер цивільної юрисдикції, зробив висновок про необхідність розгляду справи в порядку цивільного судочинства в тому випадку, якщо спір, що виник, стосується прав і обов'язків фізичної особи, навіть якщо така фізична особа не зазначена у позові як позивач або відповідач. З урахуванням такого висновку як учасникам справи, так і судам слід уважно досліджувати не тільки суб'єктний склад спірних правовідносин, а й сам предмет спору та можливі правові наслідки задоволення позову.

Згідно з ч. 1 ст. 15 ЦПК (у редакції, чинній на час звернення позивача до суду з позовом) суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

З огляду на те, що позивач звернувся до господарського суду з позовом про визнання недійсним наказу ГУ Держгеокадастру, яким надано земельну ділянку у власність фізичній особі, скасування державної реєстрації відповідного права власності та запису в Поземельній книзі, такий спір є приватноправовим і за суб'єктним складом сторін підлягає розгляду за правилами цивільного судочинства, оскільки його вирішення впливає на права та обов'язки цієї фізичної особи. При цьому доводи суду апеляційної інстанції, що власник спірної земельної ділянки (фізична особа) не був зазначений позивачем під час подання позову як відповідач, оскільки спірна земельна ділянка не була виділена в натурі на місцевості й знаходиться у володінні та користуванні ПАТ «Обухівське», не можуть бути підставою для розгляду

спору господарськими судами, адже предмет спору безпосередньо стосується прав і обов'язків такої фізичної особи.

**ПОСТАНОВА ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ ВС
ВІД 25.04.18 Р. У СПРАВІ № 336/2177/17¹⁵**

Дії державного реєстратора щодо повторної реєстрації похідного речового права — права користування земельними ділянками у разі наявного зареєстрованого права користування на ті самі земельні ділянки за іншим користувачем — не адміністративна юрисдикція.

ВС укотре звернув увагу, що наявність суб'єкта владних повноважень у спірних правовідносинах автоматично не відносить спір до юрисдикції адміністративних судів. Первинним все-ж таки є зміст правовідносин, тобто взаємні права і обов'язки їх суб'єктів та їх характер.

До адміністративного суду можуть бути оскаржені виключно рішення, дії та бездіяльність суб'єкта владних повноважень, що виникають у зв'язку зі здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності встановлено інший порядок судового провадження.

Наведене узгоджується з положеннями ст. 2, 4, 19 чинного КАС, які закріплюють завдання адміністративного судочинства, визначення понять публічно-правового спору та суб'єкта владних повноважень, а також межі юрисдикції адміністративних судів.

Публічно-правовий спір має особливий суб'єктний склад. Участь суб'єкта владних повноважень є обов'язковою ознакою для того, щоб класифікувати спір як публічно-правовий. Однак сама по собі участь у спорі суб'єкта владних повноважень не дає підстав ототожнювати спір із публічно-правовим та відносити його до справ адміністративної юрисдикції. Необхідно з'ясовувати, у зв'язку з чим виник спір та за захистом яких прав особа звернулася до суду.

Якщо порушення своїх прав особа вбачає у наслідках, які спричинені рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень, які вона вважає

¹⁴ Див.: ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74188634>.

¹⁵ Див.: ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73727734>.



неправомірними, і ці наслідки призвели до виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин, мають майновий характер або пов'язаний з реалізацією її майнових або особистих немайнових інтересів, то визнання незаконними (протиправними) таких рішень є способом захисту цивільних прав та інтересів.

ПОСТАНОВА ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ ВЕРХОВНОГО СУДУ ВІД 13.03.18 Р. У СПРАВІ № 306/2004/15-Ц¹⁶

Наявність у фізичної особи статусу підприємця не свідчить про те, що з моменту її державної реєстрації як фізичної особи — підприємця¹⁷ вона виступає в такій якості у всіх правовідносинах, зокрема і щодо набуття в оренду чи у власність земельної ділянки.

Цікава позиція ВС у з приводу співвідношення статусу ФОП та фізичної особи у земельних відносинах.

Набуття статусу підприємця не позбавляє людину як учасника суспільних відносин статусу фізичної особи. Натомість, згідно з ч. 8 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань» ФОП позбавляється статусу підприємця з дати внесення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань запису про державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності цією фізичною особою.

Цивільні права й обов'язки фізичної особи, зокрема, право власності та право оренди на земельну ділянку, набуваються та здійснюються у порядку реалізації цивільної дієздатності цієї особи.

У разі позбавлення особи статусу підприємця він не позбавляється набутих раніше цивільних прав і обов'язків фізичної особи, зокрема і права власності на земельну ділянку, придбану для здійснення підприємницької діяльності.

ВИСНОВКИ ВС ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ

Проте практика ВС цікава не тільки висновками Великої Палати щодо юрисдикції справ, а й іншими постановами, які містять в собі приклади правозасто-

сування з найбільш поширених категорій спорів, деякі з яких розглянемо далі.

ПОСТАНОВА ВС У СКЛАДІ СУДОВОЇ ПАЛАТИ ДЛЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ЩОДО ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН ТА ПРАВА ВЛАСНОСТІ КАСАЦІЙНОГО ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ ВІД 16.04.18 Р. У СПРАВІ № 910/7905/17¹⁸

Рішення ОМС можуть бути підставою для внесення змін до договору оренди землі, якщо сторони договору оренди визначили безпосередньо в самому договорі таку підставу для перегляду розміру орендної плати.

В основу такого висновку ВС покладено принцип свободи договору, закріплений приписами Цивільного кодексу України¹⁹ (ст. 3, 6, 627 ЦК), відповідно до якого сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Виходячи зі змісту ст. 632, 651 ЦК та ст. 30 Закону України «Про оренду землі» слід дійти висновку про те, що за загальним правилом зміна умов договору, в тому числі в частині розміру орендної плати, здійснюється за взаємною згодою сторін. За відсутності такої згоди такий договір може бути змінений за рішенням суду лише у випадках, встановлених умовами договору або в силу закону.

З огляду на те, що за змістом п. 288.5 ст. 288 ПК та ст. 21 Закону України «Про оренду землі» орендна плата за земельні ділянки державної та комунальної власності є регульованою ціною, то згідно з п. 4.8 договору оренди підставою для перегляду розміру орендної плати, встановленої умовами цього договору, має бути саме законодавча зміна граничного (мінімального чи максимального) розміру цієї плати або зміна розміру земельного податку, а не щорічне визначення рішенням ОМС, яким затверджується бюджет на відповідний рік, розміру орендної плати за землю шляхом можливого запровадження нових орендних ставок залежно від видів економічної діяльності землекористувача.

¹⁶ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72909635>.

¹⁷ Далі за текстом — ФОП.

¹⁸ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74002523>.

¹⁹ Далі за текстом — ЦК.



**ПОСТАНОВА ВЕРХОВНОГО СУДУ
У СКЛАДІ КОЛЕГІЇ СУДДІВ ПАЛАТИ
ДЛЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ЩОДО ЗЕМЕЛЬНИХ
ВІДНОСИН ТА ПРАВА ВЛАСНОСТІ
КАСАЦІЙНОГО ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ
ВІД 07.03.18 Р. У СПРАВІ № 922/888/17²⁰**

За умови реалізації правового механізму погодження істотних умов договору оренди сама по собі обставина відсутності заперечень орендодавця проти укладення договору протягом місячного строку не є підставою для автоматичного продовження цього договору на попередніх умовах на новий строк.

Поширена категорія судових спорів, що виникають із земельних відносин, — поновлення договору оренди землі та застосування ст. 33 Закону України «Про оренду землі».

Як неодноразово зазначав ВС, переважне право орендаря на поновлення договору оренди землі може бути реалізоване шляхом двох окремих правових підстав: перша наведена у ч. 1 — 5 ст. 33 Закону України «Про оренду землі», друга — у ч. 6 вказаної статті.

Якщо орендар, маючи на меті реалізацію свого переважного права на поновлення договору оренди землі на новий строк, ініціював перед орендодавцем питання про таке поновлення, скориставшись правовим механізмом, установленим ч. 1 — 5 ст. 33 Закону України «Про оренду землі», то ч. 6 вказаної статті не може бути застосована до таких правовідносин, оскільки не передбачає звернення орендаря до орендодавця і переговори сторін щодо зміни (за необхідності) істотних умов не проводяться.

Виходячи з того, що в ч. 1 — 5 та ч. 6 ст. 33 Закону України «Про оренду землі» містяться дві окремі правові підстави реалізації орендарем свого переважного права на поновлення договору оренди землі, вони не можуть бути застосовані одночасно, оскільки є різними за своєю правовою природою, механізмом застосування та правовими наслідками. Сам лише факт спливу місячного строку за відсутності заперечення орендодавця в поновленні договору оренди, разом з іншими підставами, вказаними в ч. 6 ст. 33 Закону України «Про оренду землі», не може

свідчити про автоматичне поновлення договору оренди землі за наявності триваючої процедури погодження сторонами змін істотних умов договору оренди.

**ПОСТАНОВА ВС У СКЛАДІ КОЛЕГІЇ
СУДДІВ ДРУГОЇ СУДОВОЇ ПАЛАТИ
КАСАЦІЙНОГО ЦИВІЛЬНОГО СУДУ
ВІД 22.02.18 Р. У СПРАВІ № 676/2298/15-Ц²¹**

Підписання акта погодження меж самостійного значення не має, таке є правом суміжного землекористувача, воно не призводить до виникнення, зміни або припинення прав на земельну ділянку, як і будь-яких інших прав у процедурі приватизації.

Практично корисна постанова ВС з приводу так званих «межових спорів» між суміжними землекористувачами. Суд дійшов висновку, що у разі дотримання встановленої законодавством процедури з приводу розгляду земельних спорів приватизація земельної ділянки за рішенням уповноваженого ОМС можлива без згоди на те суміжного землекористувача, яка полягала у непідписанні ним акта погодження меж земельної ділянки.

Передача у власність земельної ділянки проводиться за рішенням селищної ради на підставі затвердженої технічної документації, до складу якої входить, зокрема, погодження меж земельної ділянки.

ОМС відповідно до ч. 3 ст. 158 ЗК за заявою заінтересованої особи вправі вирішити такий спір та, за наявності для цього підстав, надати дозвіл на приватизацію земельної ділянки без згоди суміжного землекористувача, що дасть можливість ліцензійній організації завершити розробку відповідної технічної документації.

**ПОСТАНОВА ВС У СКЛАДІ КОЛЕГІЇ СУДДІВ
КАСАЦІЙНОГО ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ
ВІД 13.03.18 Р. У СПРАВІ № 917/540/16²²**

Зміна об'єкта оренди землі виключає можливість пролонгації договору на тих же умовах, а потребує укладання нового правочину щодо нового (зміненого) предмета договору — земельної ділянки.

²⁰ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72692910>.

²¹ Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72793469>.

²² Див.: ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72863886>.



Підтвердження ВС правової позиції ВСУ щодо неможливості поновлення договору оренди землі на тих самих умовах і на той самий строк відповідно до положень ч. 6 ст. 33 Закону України «Про оренду землі» у разі зміни меж та/або площі земельної ділянки, її цільового призначення, що була викладена у постанові від 25.05.16 р. у справі № 3-312гс16.

Суттєве значення має з'ясування правового режиму спірної земельної ділянки, позаяк законодавець у ч. 10 ст. 33 Закону України «Про оренду землі» передбачив, що у разі зміни межі або цільового призначення земельної ділянки поновлення договору оренди землі здійснюється у порядку одержання земельної ділянки на праві оренди.

Тобто зміна об'єкта оренди виключає можливість пролонгації договору на тих же умовах, а потребує укладання нового правочину щодо нового (зміненого) предмета договору.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВС — ОСНОВА СТАЛОЇ ТА ЄДИНОЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

На цей час маємо таке явище, як суперечність низки правових позицій ВСУ, викладених у рішеннях по однорідних правовідносинах. Позиції суперечать одна одній і, як наслідок, протягом затяжного розгляду справи в суді позиція вищої судової інстанції може змінитись.

Вектор вирішення цієї проблеми поступово окреслюється з прийняттям Верховною Радою України Закону України № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким внесені зміни до трьох процесуальних кодексів (ст. 404 ЦПК, ст. 303 ГПК та ст. 346 КАС), закріплено спеціальний порядок зміни правової позиції ВС з того чи іншого проблемного питання (так званий інститут «*overruling*» (англ.)).

Зокрема, надано право колегії Верховного Суду, що розглядає справу в касаційному порядку, передати справу на розгляд палати, об'єднаної палати чи Ве-

ликої Палати ВС, якщо суд, що розглядатиме справу в касаційній інстанції, вважатиме за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні палати, об'єднаної палати чи Великої Палати ВС.

Окрім того, передбачається аналогічна процедура передачі справи на розгляд Великої Палати ВС, якщо суд, що розглядатиме справу в касаційній інстанції, дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики.

Як і раніше, закріплюється, що суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках ВС, зокрема при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин. Це положення міститься у нових редакціях усіх трьох процесуальних Кодексів у статті, що стосується законності та обґрунтованості судового рішення (ст. 237 ГПК, ст. 264 ЦПК, ст. 242 КАС), що вкотре підкреслює мету закріплення зазначених положень та основне завдання діяльності ВС загалом.

Слід наголосити, що у прийнятих змінах до процесуальних Кодексів йдеться виключно про новий ВС, в той час як у Перехідних положеннях час від часу згадується про ВСУ.

Крім того, у вказаному Законі відсутні положення про обов'язковість чи необхідність врахування правових позицій ВСУ, при цьому закріплена аналогічна по відношенню до вищеприписаної процедура зміни раніше прийнятої правової позиції ВСУ шляхом передачі справи на розгляд Великої Палати ВС.

ПІДСУМОВУЮЧИ, ВАРТО СПОДІВАТИСЬ...

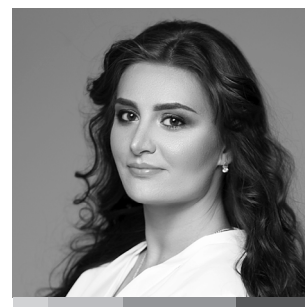
Піврічна наполеглива робота суддівського складу Верховного Суду свідчить про поступове повернення довіри українського суспільства до суду і розуміння, що все ж таки подальший розвиток правосуддя починає тримати вектор справедливості. Однак не будемо нахвалювати, сповідаємось, що така тенденція триматиметься і в подальшому.



АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД ОКРЕМИХ РІШЕНЬ, УХВАЛЕНИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ БЕРЕЗНЯ — ЧЕРВНЯ 2018 РОКУ



Олександр Дроздов, адвокат, доцент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доцент, Голова ВКДКА, Перший проректор Вищої школи адвокатури, Член Науково-консультативної ради при Верховному Суді, к. ю. н.



Олена Дроздова, адвокат, старший викладач кафедри кримінального права і правосуддя Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені академіка С. Дем'янчука, помічник Першого проректора Вищої школи адвокатури, к. ю. н.

У цій публікації ми продовжуємо цикл періодичних оглядів найбільш важливих рішень, винесених Європейським судом з прав людини¹ у справах щодо іноземних країни. Розглянемо деякі з них, прийняті протягом березня — червня 2018 року.

1. Стаття 5 § 1 (Право на свободу та особисту недоторканність) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод².

Позбавлення свободи. Застосування внутрішньої адміністративної відповідальності, процедури арешту та утримання під вартою: порушення.

Рішення від 10.04.18 р. у справі «Цветкова та інші проти Росії», заява № 54381/08.

Tsvetkova and others v. Russia

Факти. Заявники були притягнуті до адміністративної відповідальності за національним законодавством, а саме був застосований адміністративний арешт та адміністративне затримання відповідно до федерального Кодексу про адміністративні правопорушення³, який надає право поліції застосовувати такі заходи. КАП визначає процедуру супроводу особи у відділ поліції як процедуру, відповідно до якої правопорушника

змушують слідувати за компетентним співробітником поліції для складання протоколу про адміністративне правопорушення, якщо це неможливо зробити на місці. У виняткових випадках, пов'язаних із необхідністю правильного та доцільного розгляду адміністративної справи або для забезпечення виконання будь-якого стягнення, призначеного за адміністративне правопорушення, до відповідної особи може бути застосоване адміністративне затримання. Рішення про адміністративне затримання повинне бути виконане відразу після прийняття відповідного рішення судом.

Пані Цветкова, яку супроводжували у відділок поліції за підозрою в крадіжці в магазині, але яку згодом не переслідували в судовому порядку, скаржилася на те, що в записі про її адміністративний арешт були відсутні посилання на підстави та причини її арешту в порушення ст. 5 §1 Конвенції.

¹ Далі за текстом — ЄСПЛ або Суд.

² Далі за текстом — КЗПЛ, Конвенція.

³ Далі за текстом — КАП.



Пан Бганцев був звинувачений в застосуванні непристойної мови на своєму робочому місці. Його супроводжували у відділок поліції, в якому він підпорядковувався процедурі арешту, його утримували під вартою, був визнаний винним у незначному хуліганстві та засуджений до п'яти днів ув'язнення. Під час розгляду справи відповідно до Конвенції він стверджував, що єдина причина та законна підстава для його арешту була зазначена в записі про адміністративне правопорушення та зазначала «для прийняття рішення». Ніщо не перешкоджало поліцейському зробити запис на місці, як цього вимагає КАП.

Пан Андрєєв був доставлений у відділок поліції з підозрою в ухиленні від військової служби, але був обвинувачений в іншому адміністративному правопорушенні за несплату штрафу за порушення правил дорожнього руху. Його не звільнили після складання протоколу про адміністративні правопорушення, але натомість його розмістили в центрі утримання під вартою з причин, які не були визначені, та він був засуджений до двох днів тримання під вартою. Під час розгляду справи відповідно до Конвенції він стверджував, що не було законних підстав та виняткових обставин для тримання його під вартою.

Пан Драгомиров був затриманий за те, що він був у стані алкогольного сп'яніння і виглядав непристойним у громадському місці, та був доставлений у відділок поліції. Згодом він був визнаний винним в адміністративному правопорушенні та було застосовано п'ять днів адміністративного арешту. По апеляції його засудження було скасоване через серйозний недолік в доказах обвинувачення після того, як він вже відбув частину свого покарання.

Пан Торлопов взяв участь у демонстрації в районі будівлі суду. Він був доставлений у відділок поліції та підданий адміністративному арешту, а згодом звільнений. Під час розгляду справи відповідно до Конвенції він стверджував, що не існувало обґрунтованих підстав для підозри, що він брав участь у публічному заході в забороненому місці. Він стверджував, що застосовні нормативні акти були непередбачувані у своєму застосуванні і надавали свободу свавільним діям органів влади.

Пан Светлов був звинувачений в адміністративному правопорушенні, оскільки він не мав чинного посвідчення водія. Його доправили у відділок поліції, до нього застосували адміністративне затримання, він

був визнаний винним в правопорушенні та притягнутий до п'ятнадцяти днів адміністративного арешту. Заявник подав апеляцію, але продовжував відбувати покарання, тоді як його апеляція, яка згодом була відхилена, очікувала рішення. Під час розгляду справи відповідно до Конвенції пан Светлов стверджував, зокрема, що відсутність призупиняючої дії його апеляції проти притягнення до адміністративного затримання складала порушення його права на презумпцію невинуватості (ст. 6§2 Конвенції).

Право. Стаття 5 § 1 Конвенції.

(а) Адміністративний супровід та адміністративний арешт (пані Цветкова, пан Андрєєв, пан Бганцев та пан Торлопов).

(I) Позбавлення свободи. Утримання заявників під вартою у відділках поліції підпадає під дію ст. 5 § 1 та адміністративного супроводу (у тому числі супровід особи у відділок поліції та її присутність там) складає «позбавлення свободи». Не існувало жодних зазначень на те, що заявники могли вільно вирішити не слідувати за співробітниками поліції у відділок поліції або, опинившись там, вони могли у будь-який час залишити відділок, не зазнавши несприятливих наслідків. У всіх подіях мав місце елемент примусу, який, незважаючи на порівняно коротку тривалість процедури в деяких справах, свідчить про позбавлення свободи.

(II) Застосування будь-якого з підпункту ст. 5 § 1. Важливим було те, що кожен із заявників підозрювався у вчиненні правопорушення, що карається відповідно до КАП. Не існує підстав для сумнівів у тому, що національні законодавчі рамки *per se* були сумісними з духом та метою ст. 5 § 1 (с) Конвенції.

(III) Відповідність. У справі пані Цветкової не було зрозуміло з протоколу про адміністративний арешт і не було переконливо встановлено під час розслідування справи, в якому адміністративному правопорушенні підозрювали заявника. Проте було важливо зазначити цю інформацію, зокрема з огляду на національну вимогу того, що адміністративний арешт може перевищувати три години лише щодо правопорушення, за які передбачається утримання під вартою.

У такий же спосіб Суд не був задоволений тим, що адміністративні арешти пана Андрєєва та пана Бганцева відповідали законодавству Росії, а також були «законними» у значенні ст. 5 § 1 (с). У справі пана Андрєєва не було надане обґрунтування, як того вимагає ст. 27.3 § 1 КАП, для того, щоб продемонструвати,

що адміністративне затримання здійснювалося «у винятковому випадку», або те, що воно «було необхідним для швидкого та належного розгляду справи», або для «забезпечення виконання покарання, призначеного в справі», яке, як це трапилося, стосувалося звинувачення щодо затримки сплати штрафу в 7 євро. Таким чином, тримання пана Андрєєва під вартою протягом 39 годин було необґрунтованим, свавільним та непропорційним.

Так само, тоді як і не існувало підстав для сумнівів в тому, що співробітник, який здійснював адміністративне затримання, мав обґрунтовану підозру, що пан Бганцев скоїв адміністративне правопорушення, Суд не був задоволений тим, що утримання його під вартою протягом однієї ночі після складання протоколу про адміністративне правопорушення не відповідало національному законодавству, оскільки не було жодних зазначень на те, що існував ризик повторного скоєння правопорушення, втручання в докази, вплив на свідків або втеча від правосуддя, а також на те, що ці міркування були зваженими та обґрунтовували позбавлення його свободи.

У справі пана Торлопова Суд вважає, що застосована нормативна база не була достатньо передбачуваною та чіткою у своєму застосуванні для того, щоб уникнути ризику свавілля, і тому не був задоволений тим, що його перебування в поліцейській дільниці та його утримання були «законними» у значенні статті 5 § 1 (с).

Висновок: порушення (одноголосно).

(b) *Рішення про адміністративне затримання (пан Драгомиров)*. Суд нагадав, що період тримання під вартою, у принципі, буде законним, якщо воно здійснюється відповідно до рішення суду. Наступний висновок стосовно того, що суд допустив помилку відповідно до національного законодавства, видавши наказ, не обов'язково матиме ретроспективний вплив на дійсність проміжного періоду тримання під вартою.

Пан Драгомиров уже відбув частину покарання доти, як апеляційний суд з'ясував, що по суті не було скоєно жодного протиправного діяння. Висновки, зроблені під час розгляду апеляції, розкрили серйозний недолік судового рішення (звіт співробітника поліції є явно неправдивим), який негативно впливає на відповідний термін тримання під вартою. З урахуванням скасування судового рішення апеляційним

судом та серйозності недоліків, виявлених у зв'язку із судовим розглядом, Суд вважав, що за особливих обставин справи існувало достатньо підстав для висновку, що тримання заявника під вартою «після засудження», яке він частково вже відбув, не було «законним» у значенні ст. 5 § 1 (а) Конвенції.

Висновок: порушення (одноголосно).

Стаття 2 Протоколу № 7 та стаття 6 § 2 Конвенції (пан Светлов). Суд повинен був визначити, чи відсутність «призупиняючого ефекту» апеляції проти рішення суду, в якому був винесений вирок до адміністративного затримання, та розгляд такої апеляції після відбування покарання порушувала ст. 6 § 2 Конвенції або ст. 2 Протоколу № 7.

(I) *Стаття 2 Протоколу № 7*. На відміну ситуації у справі «Швидка проти України», Суд наголосив, що згідно з національним законодавством Російської Федерації судові рішення не «набуває чинності» негайно. Тоді як можливо було подати апеляцію протягом 10 днів після прийняття судового рішення, суд першої інстанції офіційно зобов'язаний передати апеляційну скаргу до апеляційного суду в день її отримання; і апеляційний суд був офіційно зобов'язаний розглянути її протягом одного дня. Також було зазначено, що відповідно до КАП апеляційний суд мав повноваження розглядати справу у повному обсязі та не обмежувався розглядом обсягу доказів, висунутих у апеляційній скарзі. Тому існували процесуальні гарантії.

Проте суттєві фактичні елементи та законні питання, які є в основі висновків Суду у справі «Швидка...», також стосуються справи пана Светлова. Незважаючи на те, що КАП вимагав проведення апеляційного провадження з певними обмеженнями в часі, залишався той факт, що мала місце затримка, а апеляція була розглянута після того, як він повністю відбув покарання. Суд не був переконаний, що будь-яка характерна риса Кодексу про адміністративне правопорушення або міркування доцільності перевищували несприятливе становище, в якому опинився відповідач *vis-à-vis* його права на подання апеляції у зв'язку з відсутністю будь-якої альтернативи негайному виконанню покарання до адміністративного затримання.

Висновок: порушення (одноголосно).

(II) *Стаття 6 § 2 Конвенції*. Тоді як пан Светлов все ще перебував під захистом ст. 6 § 2 щодо можливих негативних заяв в апеляційному провадженні, які стосуються питання факту і права, лише той факт, що апе-



ляція на судові рішення не мала «призупиняючого ефекту» *vis-à-vis* виконання покарання, не викликає порушення цього положення.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

Суд також одноголосно встановив порушення ст. 5 § 5 щодо пана Андрєєва, але відсутність порушення цього положення стосовно пана Драгомирова, а також порушення ст. 3 та 13 у зв'язку з умовами утримання пана Бганцева під вартою та відсутність ефективних засобів судового захисту.

Стаття 41: від 1 000 до 3 600 євро відшкодування моральної шкоди.

Прим.: див. «Швидка проти України», № 17888/12, рішення від 30.10.14 р.).

2. Стаття 6 § 1 (Право на справедливий суд) (кримінальний аспект) Конвенції.

Справедливий розгляд справи / рівність сторін. Справедливий розгляд справи / незалежний і неупереджений судовий орган.

Законодавча поправка, прийнята під час судового розгляду, під час якого був продовжений строк позовної давності щодо правопорушень, які не були погашені давністю: відсутність порушення.

Рішення від 12.04.18 р. у справі «Чім та Пши-вечерський проти Польщі», заяви № 36661/07 та № 38433/07.

Chim and Przywieczerski v. Poland

Факти. Фонд обслуговування зовнішніх запозичень⁴ був створений для управління коштами, призначеними для обслуговування зовнішнього боргу Польщі. Першим заявником був заступник генерального директора FOZZ, другим — директор компанії, яка займалася фінансовими операціями з FOZZ. Перший заявник був засуджений за незаконне привласнення майна FOZZ, а другий — за незаконне привласнення та крадіжку майна FOZZ. У 2005 році, через декілька місяців після винесення першого вироку щодо заявників, Парламент ухвалив поправку до Кримінального кодексу, яка розширювала терміни позовної давності щодо різних категорій правопорушень. Розширені терміни позовної давності застосовувалися до злочинів, скоєних до набуття чинності цього Закону, за винятком злочинів, які вже підпорядковувалися обмеженню. Поправка була застосована у кримінальному проваджен-

ні проти другого заявника з урахуванням злочину крадіжки майна FOZZ.

Право. Стаття 6 § 1.

(а) *Судовий орган, установлений законом.* Висновки національного суду були розпорядними щодо питання стосовно складу суду першої інстанції у справі заявників, оскільки до нього входив суддя А. К., що не відповідає вимогам національного законодавства. Проте національні суди дійшли висновку, що неправомірне призначення судді А. К. не вплинуло на зміст рішення суду першої інстанції та відхилили апеляції заявників як необґрунтовані. Як наслідок, початковий недолік у призначенні судді А. К. для судового розгляду не був виправлений. Відповідно, суд першої інстанції, який розглядав справу заявників, не може розглядатися як «судовий орган, установлений законом».

Висновок: порушення (одноголосно).

(б) *Відсутність неупередженості.* З урахуванням суб'єктивного тесту на неупередженість Суд розглянув заяву судді А. К., зроблену під час відкриття судового розгляду, та оскаржені заявниками уривки обґрунтування. Стосовно інтерв'ю газети, в якому суддя А. К. зазначив: «На жаль, нам вдалося створити переконання серед злочинців, що вони можуть бути безкарними», Суд вважав, що було б краще, щоб він взагалі утримався від висловлення своїх поглядів у засобах масової інформації. Проте це чи інше твердження неможливо вважати показовим для особистого упередження або необ'єктивності судді А. К. Стосовно об'єктивного тесту на неупередженість, побоювання заявника про відсутність неупередженості у зв'язку з неправомірним призначенням судді А. К. до справи не були об'єктивно обґрунтованими. Щодо передбачуваної участі судді А. К. у розробці поправки до Кримінального кодексу, то поправка набула чинності після винесення вироку суду першої інстанції та законодавство може бути доречним лише для апеляційного етапу провадження. З цього випливає, що суддя А. К. не міг застосувати поправку до справи заявників. Навіть якщо припустити, що він брав участь у парламентських дебатах як дорадчий орган, він не виконував обидві — дорадчу і судові функції в одній справі. Не існувало жодного зазначення на те, що суддя А. К. був залучений до складання законопроекту, про який йде мова. Побоювання заявників, пов'язані з ймовірним залученням судді

⁴ Далі за текстом — FOZZ.

А. К. під час прийняття поправки, також не можуть розглядатися як об'єктивно обґрунтовані.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

(с) Законодавче втручання у кримінальне провадження. Суд перевіряв, чи було кримінальне провадження несправедливим внаслідок законодавчого втручання лише щодо другого заявника. Поправка містила гарантію того, що жодне переслідування в судовому порядку не було можливим у зв'язку з правопорушеннями, в яких закінчився термін позовної давності відповідно до правил, застосованих до набуття чинності. Поправка не може розглядатися як законодавче втручання у справі другого заявника, оскільки цей закон не впливав на вирішення справи по суті, а лише розширив часові межі кримінальної відповідальності щодо правопорушень, в яких не закінчився термін позовної давності. Правила щодо термінів позовної давності, які можна тлумачити як такі, які лише встановлюють попередні умови для розгляду справи, не мали стосунку до здійснення права на справедливий судовий розгляд. Тому застосування поправки, яка продовжує термін позовної давності у справі проти другого заявника, неможливо тлумачити як порушення права на справедливий судовий розгляд.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

Стаття 41: Виявлення порушення складало достатню справедливу сатисфакцію стосовно будь-якої моральної шкоди, завданої другому заявнику.

Прим.: див. також «Коем та інші проти Бельгії», заява № 32492/96, 22.06.2000 р.; «Скоппол проти Італії» (№2), заява № 10249/03, 17.09.09 р.; «Превіті проти Італії», заява № 1845/08, 12.02.13 р.

3. Справедливий розгляд справи.

Стисле обґрунтування відхилення Верховним Судом запиту на отримання попереднього рішення Суду Європейського Союзу: відсутність порушення.

Рішення від 24.04.18 р. у справі «Байдар проти Нідерландів», заява № 55385/14.

Baydar v. the Netherlands

Факти. Заявник у контексті своєї касаційної скарги в кримінальному провадженні звернувся до Верховного Суду з проханням передати попереднє запитання до Суду Європейського Союзу (CJEU). Верховний Суд, посилаючись на секцію 81 (1) Закону про судову владу (Організацію) відхилив запит заявника і зазначив, що його рішення не вимагало жодного обґрунтування, «оскільки скарги не викликають необхідність вирішу-

вати юридичні питання в інтересах юридичної одноманітності або правового розвитку».

Право. Стаття 6 § 1. У попередніх справах, які не стосуються контексту прискороного провадження в національних судах, Суд дійшов висновку, що національні суди, проти рішень яких не існувало жодного засобу судового захисту відповідно до національного законодавства, були зобов'язані зазначити причини відхилення запиту щодо попереднього рішення ЄСПЛ з огляду на винятки, передбачені прецедентним правом Європейського Союзу (див. «Дхахбі проти Італії», № 17120/09, 08.04.14 р.). Водночас відповідно до ст. 6 § 1 Конвенції для національних верховних судів було прийнятним скасування скарги лише посиленням на відповідні правові положення, які регулюють такі скарги, якщо це питання не піднімало жодної принципово важливої правової проблеми (див. «Джон проти Німеччини», № 15073/03, 13.02.07 р.), і відхилення апеляцій з питань права таким чином без наступного пояснення, якщо вважалося, що вона не мала перспективи успіху (див. «Гору проти Греції», № 12686/03, 20.03.09 р.). Проте Суд повинен був з'ясувати, що рішення національних судів не були свавільними або необґрунтованими.

Секція 81 Закону про судову владу (Організація) дозволяв Верховному Суду відхиляти апеляцію в касаційному порядку за відсутність підстав для скасування оскарженого рішення і не викликав необхідності з'ясування юридичних питань, тоді як Секція 80а цього ж Закону дозволяла йому оголосити апеляцію в касаційному порядку неприйнятною, оскільки вона не мала перспективи на успіх. Мета цих положень полягала в тому, щоб тримати розгляд справи в розумних межах і дозволяти касаційному суду або таким судовим органам зосередитись на своїх головних завданнях забезпечення одноманітного застосування та правильної тлумачення закону.

Після роз'яснення Верховним Судом своєї практики щодо застосування вищезазначених положень, судовому рішення, яке скасовує або визнає неприйнятним апеляцію в касаційному порядку, було притаманне те, що не було потреби вимагати попереднє рішення, оскільки це не викликало правового питання, яке необхідно було вирішити. Стисле обґрунтування, яке міститься в такому рішенні, передбачало визнання того, що передача справи CJEU не матиме інший результат у цій справі.



Крім того, згідно з відповідною прецедентною практикою ЄС національні суди, проти рішень яких не існувало засобів судового захисту відповідно до національного законодавства, не були зобов'язані ставити питання про тлумачення законодавства ЄС, якщо відповідь на це питання не могло мати жодного впливу на результат справи, яким би він не був (див. «*Lucio Cesare Aquino v. Belgische Staat*», 15.03.17 р.).

Тому в контексті прискорених процедур у значенні Секції 80а або 81 Закону про судову владу не виникало жодного принципового питання відповідно до статті 6 § 1, якщо апеляція в касаційному провадженні, у тому числі запит про передачу справи, була визнана неприйнятною або відхилена зі стислим обґрунтуванням, якщо з обставин справи було зрозуміло, що рішення не було свавільним або явно необґрунтованим.

У цій справі згідно з відповідними національними положеннями апеляція заявника в касаційному провадженні була розглянута та вирішена трьома членами Верховного Суду після ознайомлення з письмовими підставами апеляції заявника, консультативним висновком Генерального адвоката та письмової відповіді заявника. Отже, апеляція заявника з питань права була належним чином розглянута і не було виявлено несправедливості під час розгляду в Верховному Суді.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

Прим.: див. також рішення «*Ullens de Schooten та Rezabek проти Бельгії*» від 20.09.11 р., заява № 3989/07.

4. Стаття 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції.

Повага до приватного життя / Позитивні зобов'язання.

Мігрант без громадянства не має можливості регулювати статус перебування після розпаду попередньої держави, незважаючи на багато років дозволеного перебування: порушення.

Рішення від 26.04.18 р. у справі «Хоті проти Хорватії», заява № 63311/14.

Hoti v. Croatia

Факти. У 1962 році народився заявник в автономному регіоні Косово колишньої Соціалістичної Федеративної Республіки Югославія⁵. Його батьки були політичними біженцями з Албанії. У 1979 році він пе-

реїхав до Хорватії, яка тоді була частиною СФРЮ, і він мешкав там відтоді.

Заявник не має громадянства. Під час існування колишньої СФРЮ його статус перебування в Хорватії регулювався визнанням наслідків його місце проживання в Косово і статусом біженця, наданим його батькам місцевими органами влади. Проте після розпаду колишньої СФРЮ його статус перебування пройшов через багато етапів і правових режимів. Він подав заяву для отримання громадянства Хорватії і дозволу на постійне проживання, але обидві заяви були відхилені.

З 2011 року його статус залежав від продовження на один рік посвідки на тимчасове проживання, наданої з гуманітарних міркувань. Відповідно до Закону про іноземців для того, щоб продовжити своє перебування на гуманітарних підставах заявникові необхідний дійсний проїзний документ або, якщо це неможливо, згода Міністерств внутрішніх справ, яка була дискреційним рішенням. У 2014 році йому було відмовлено у продовженні терміну дії посвідки внаслідок нездатності подати дійсного проїзного документа незважаючи на те, що у нього була можливість поїхати до Косово для того, щоб отримати такий документ. Заявник безуспішно оскаржував це рішення в національних судах.

Право. Стаття 8 Конвенції. Заявник був безробітним, оскільки його перспектива працевлаштування була de facto ускладнена без легалізації його статусу перебування. Тому це також негативно вплинуло на можливість забезпечити йому нормальне медичне страхування або права на пенсію. За цих умов, особливо у зв'язку з похилим віком заявника і тим фактом, що він мешкав в Хорватії протягом майже сорока років, не маючи жодного офіційного або de facto зв'язку з іншою країною, невизначеність його статусу перебування негативно вплинула на його приватне життя.

Незважаючи на те, що заявник не підпорядковувався процесу скасування його статусу перебування, його випадок мав деяку схожість із заявниками в справі «Куріч та інші проти Словенії», оскільки він стосувався складної і дуже конкретної фактичної та правової ситуації, пов'язаної з легалізацією статусу іноземців, які мешкають у Хорватії після розпаду колишньої СФРЮ.

⁵ Далі за текстом — СФРЮ.

Крім того, заявник не мав громадянства. Його статус проживання в Хорватії, хоча й не завжди був узаконеним, був дозволеним органами влади Хорватії протягом багатьох років. Його ситуацію неможливо розглядати на одному рівні із ситуацією інших потенційних іммігрантів, які прагнуть легалізувати свій статус перебування в Хорватії.

Основне питання, яке необхідно розглянути в цій справі, полягало в тому, чи, розглянувши обставини справи загалом, органи влади Хорватії забезпечили ефективну і доступну процедуру або комбінацію процедур, які дозволяли заявникові вирішити питання про його наступне перебування і статус у Хорватії з належним урахуванням його інтересів приватного життя.

Відповідно до національного законодавства особам без громадянства не було необхідно мати дійсний проїзний документ під час подання заяви для отримання дозволу на постійне проживання в Хорватії. Проте існували обмеження, оскільки для того, щоб мати можливість подати заяву на постійне проживання особам без громадянства, було необхідно безперервно проживати протягом 5 років у Хорватії та для цього був потрібен дійсний проїзний документ. Таким чином, насправді всупереч принципам, які впливають з Конвенції ООН про статус осіб без громадянства, Конвенція ООН статус осіб без громадянства від 26.04.54 р., до якої Хорватія приєдналася 12 жовтня 1992 року.

Особи без громадянства, такі як заявник, були зобов'язані виконувати вимоги, які через їхній статус були не в змозі виконати.

Важко було зрозуміти наполягання органів влади Хорватії на отриманні заявником проїзного документа від органів влади Косово, тоді як відсутність у нього громадянства була очевидною з його свідоцтва про народження, виданого органами в Косово в 1987 і 2009 роках. Крім того, органи влади Хорватії ніколи не розглядали питання надання адміністративної допомоги для сприяння контактування заявника з органами влади іншої країни для того, щоб вирішити його ситуацію, як це передбачено в міжнародних документах, стороною в яких є Хорватія.

Стосовно продовження терміну тимчасового перебування заявника на гуманітарних підставах за згодою Міністерства така згода була виключно дискреційною, не здійснювалася послідовно та, як виявляється, не враховувала особливості справи заявника та його особистої ситуації. Також національні

суди не взяли ці питання до уваги під час розгляду скарг заявника.

Отже, держава-відповідач не виконала своє позитивне зобов'язання забезпечити ефективну і доступну процедуру або поєднання процедур, які дозволяють заявникові вирішити питання його наступного перебування та статусу у Хорватії з належним урахуванням його інтересів приватного життя відповідно до ст. 8.

Висновок: порушення (одноголосно).

Стаття 41: 7500 євро відшкодування моральної шкоди.

Прим.: див. також «Куріч та інші проти Словенії», № 26828/06, 26.06.12 р., «Абухмайд проти України», № 31183/13, 12.01.17 р.).

5. Стаття 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції.

Рішення місцевих органів влади надати дозвіл на усиновлення психологічно вразливої дитини прийомними батьками: справа передана на розгляд Великої Палати.

Рішення від 30.11.17 р. у справі «Штранд Лоббен та інші проти Норвегії», заява № 37283/13.

Strand Lobben and others v. Norway

У 2008 році перший заявник, яка була одинокою і була ідентифікована органами зі справ дітей як така, яка потребує керівництва щодо материнства, народила хлопчика (другий заявник). Після народження вона переїхала до сімейного центру зі своїм сином для того, щоб можливо було спостерігати за її здатністю надавати йому належний догляд. За три тижні вона відкликала свою згоду залишатися в центрі. За непокоєні її навичками материнства відповідні органи отримали наказ про негайну опіку, а дитина була розміщена з прийомними батьками. Органи влади згодом отримали наказ про повну опіку. У 2011 році вони успішно звернулись до районної ради з питань соціального забезпечення для отримання наказу про позбавлення першого заявника батьківської відповідальності та отримання прийомними батьками права на усиновлення дитини. Це рішення було підтримане міським судом, який установив, що існували особливо вагомні підстави для надання згоди на запропоноване усиновлення. Незважаючи на те, що загальна ситуація першого заявника покращилася (вона вийшла заміж і народила доньку, за якою вона, як виявилось, змогла піклуватися), із сином ситуація була іншою, декілька



експертів назвали його вразливою дитиною, яка легко піддавалася стресу і потребувала багато спокою, безпеки та підтримки. На думку міського суду, перший заявник не змогла б побачити або зрозуміти його особливі потреби, які, якщо вони не були б виконані, викликали значний ризик ненормального розвитку. Дитина мала прихильність до прийомних батьків, з якими він мешкав майже з дня народження, і усиновлення викликало б у нього почуття приналежності та безпеки протягом більш тривалого періоду стосунків з прийомними батьками. Першому заявникові було відмовлено у праві на подання апеляції проти рішення міського суду.

У рішенні від 30 листопада 2017 року Палата Суду чотирма голосами проти трьох установила відсутність порушення ст. 8. На думку Суду, з урахуванням відсутності позитивного розвитку в компетентності матері в контактних ситуаціях протягом трьох років, протягом яких вона мала права доступу, процес прийняття рішень був справедливим, і, з огляду на той факт, що місцеві органи влади мали перевагу прямого контакту зі всіма зацікавленими особами, у цій справі виникли такі виняткові обставини, які могли б обґрунтувати заходи, про які йде мова, і вони були мотивовані переважуючою вимогою слідування найкращим інтересам дитини.

9 квітня 2018 року справа була передана на розгляд Великої Палати на запит заявників.

Прим.: див. також Бюлетень ЄСПЛ про права батьків і дитини.

6. Стаття 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції.

Виняткові обставини, які обґрунтовують усиновлення дітей, жертв насильства в сім'ї, прийомними батьками: відсутність порушення.

Рішення від 26.04.18 р. у справі «Мохамед Хасан проти Норвегії», заява № 27496/15.

Mohamed Hasan v. Norway

Факти. Заявник і її чоловік, громадяни Іраку, які мешкали в Норвегії у відповідний час, мали двох дочок, які народилися у 2008 і 2010 роках. Оскільки чоловік заявника був жорстоким до неї і її дітей, вона неодноразово проводила час у кризових центрах і її першу дочку двічі направляли до сімейного притулку. Наприкінці 2010 року органи влади розмістили обох дітей у сімейному притулку. У 2011 році під час кон-

такту із заявником дітей викрали дві особи в масках, які, втікаючи, напали на заявника, використовуючи електрошокер. Дітей згодом знайшли, і батько зізнався, що він організував викрадення.

Після інциденту Комісія із соціального захисту населення видала наказ, який був підтриманий по апеляції, що обоє дітей повинні бути взяті під опіку в окремих сімейних притулках за таємними адресами та були заборонені будь-які контакти між ними і батьками. Ще одне рішення було прийнято у лютому 2014 року стосовно утримання дітей у сімейному притулку і надання дозволу на їх усиновлення прийомними батьками. Заявник і її чоловік безуспішно подали апеляцію. Під час провадження в національному суді заявник визнала прихильність своїх дітей до прийомних сімей та не подавала запит для повернення їй дітей.

Право. Стаття 8. Стосовно процесу прийняття рішень заявник була присутньою і її представляв адвокат під час розгляду справи Комісією і міським судом. Кожен орган складався з професійного судді або його рівноцінного заступник, психолога і присяжного, а справа розглядалася протягом двох днів. Експерт надав письмові заяви і з'явився на слуханнях для допиту. Таким чином, заявник була достатньо залучена в процес прийняття рішень, який загалом забезпечував необхідний захист її інтересів, і повністю мала можливість представити свою справу. Крім того, вона мала також доступ до перегляду її справи за допомогою права на подання апеляції до Вищого і Верховного Суду.

Фактори, якими мотивувалися органи влади, очевидно, були — необхідність захисту дочок заявника і забезпечення того, щоб вони могли виховуватися в безпечному навколишньому середовищі, яке підходить для їх особливої уразливості, особами, до яких вони були прихильними як до доглядачів. Національні органи влади також належним чином врахували індивідуальні фактори, які стосуються кожної дитини, наприклад їх вік та зрілість, а також наслідки рішень з урахуванням їх культурних традицій і стосунків з родичами.

Рішення про позбавлення заявника батьківських прав і надання дозволу на усиновлення її дочки було прийнято «за виняткових обставин». Національні суди посилалися на низку випадків насильства в сім'ї і жорстокого поводження чоловіка заявника, внаслідок яких у дітей зруйнувалися стосунки і вони стали особливо уразливими. Діти втратили прихильність до заявника і стали настільки прихильними до своїх

прийомних батьків, що відокремлення їх було б шкідливим. Крім того, заявник не змогла б піклуватися про двох дітей із такою травматичною історією і було малоймовірно, щоб будь-який із батьків мав би можливість використовувати у майбутньому свої батьківські права. Крім того, ризик викрадення мав такий характер, що, навіть якщо б дітям довелося залишатися під тимчасовою опікою, заявник у жодному разі не отримала б доступ до них. З огляду на те, що вони мешкали в умовах суворої безпеки у зв'язку з цим ризиком, а також з огляду на їх історію, особливо важливо було забезпечити стабільність і передбачуваність. З цього приводу усиновлення порівняно з довгостроковою опікою забезпечувало більш високий рівень безпеки. Незважаючи на те, що заявник змогла завести незалежне самостійне життя після остаточного розриву її стосунків з колишнім чоловіком, вона не змогла б захистити дітей від нього та його родичів.

Як підсумок, процес прийняття рішень був справедливим. Позбавлення батьківських прав і згода на усиновлення були обґрунтованими винятковими обставинами та мотивовані переважаючими вимогами слідування найкращим інтересам дітей. Таким чином, оскаржені заходи не складали непропорційне втручання в право заявника на повагу до її сімейного життя.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

Прим.: див. також рішення «Штрэнд Лоббен та інші проти Норвегії», № 37283/13, від 30.11.17 р., передана до Великої Палати 09.04.18 р., а також Бюлетень ЄСПЛ про права дітей.

7. Стаття 10 (Свобода вираження поглядів) Конвенції.

Засудження блогера за публікацію з використанням неконституційного (нацистського) символу: неприйнятна.

Рішення від 13.03.18 р. у справі «Нікс проти Німеччини», заява № 35285/16.

Nix v. Germany

Факти. Заявник є блогером, який створив серію з шести постів, в яких він скаржився на те, що він вважав расистською і дискримінаційною взаємодією Агенції із зайнятості з його 18-річною дочкою (яка була німецько-непальського походження) щодо її професійного розвитку.

Його третій пост містив заяву, яка супроводжувалася фотокарткою колишнього голови СС Генріха

Гімmlера, в якій він був зображений у формі СС зі знаком нацистської партії (у тому числі свастики) у передній кишені та носив пов'язку зі свастикою. Поряд із зображенням заявник опублікував цитату Гімmlера щодо шкільного навчання дітей у Східній Європі під час окупації нацистською Німеччиною, згідно з якою батьки, які хотіли запропонувати своїм дітям гарну освіту, повинні були подати запит до керівництва СС та керівництва поліції.

Проти заявника було відкрито кримінальне провадження, а національний суд визнав його винним в злочинних наклепах і використанні символів неконституційних організацій через зображення в його публікації в блозі. Апеляції заявника були відхилені.

Під час розгляду справи згідно з Конвенцією заявник скаржився відповідно до її статті 10 на засудження його в кримінальному порядку за публікацію в блозі.

Право. Стаття 10. Засудження заявника складало втручання в його право на свободу вираження поглядів. Втручання було передбачене законом та переслідувало законну мету запобігання заворушень.

Стосовно того, чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві, у світлі історичного контексту держави, які пережили нацистські жахи, можуть розглядатися як такі, які мають особливу моральну відповідальність дистанціюватися від масової жорстокості. На цьому фоні можливо було побачити вибір законодавчого органу призначати кримінальні санкції щодо використання нацистських символів, заборони використання таких символів у політичному житті Німеччини, підтримання політичного миру та запобігання відродження нацизму.

Кримінальна відповідальність не виникала, коли використання таких символів повинно служити громадянській освіті, боротьбі з неконституційними рухами, сприяти мистецтву, науці, науковим дослідженням або навчанню, або для звітування про сучасні або історичні події, або для інших таких цілей. Крім того, звільнення від кримінальної відповідальності, коли протидія ідеології, втіленій використаними символами, була «очевидною та зрозумілою», складало важливу гарантію права на свободу вираження поглядів.

Неможливо вважати, що символ, який використовував заявник, мав будь-який інший зміст, ніж нацистська ідеологія. Суд визнав, що заявник не мав наміру поширювати тоталітарну пропаганду, підбурювати до насильства або проголошувати мову ненависті, на-



слідком його виразу не стало залякування, а також те, що він, можливо, мав намір зробити вклад у дискусію, яка викликає інтерес суспільства. Проте за відсутності будь-яких посилань або помітного зв'язку з попередніми публікаціями заявника, читачі не могли відразу зрозуміти, що оскаржена публікація була фактично частиною серії публікацій стосовно взаємодії служби зайнятості та дочкою заявника. Також не було жодної фрази про расизм або дискримінацію. Тому національні суди неможливо було звинувачувати в тому, що вони розглянули лише певні висловлювання, які були очевидними читачеві, а саме зображення Гімлера у формі СС із застібкою зі свастики, цитованим твердженням та написаним нижче текстом під час оцінювання кримінальної відповідальності заявника або виявлення зв'язку між текстом та політикою, за якою стояли нацистські символи.

Це нічим не обґрунтоване використання символів було саме тим, що положення, яке санкціонує використання символів неконституційних організацій, мало на меті запобігти, попередити будь-яку особу про використання певних символів, забороняючи їх в усіх засобах інформації. Суд не вбачав підстав для відмови від оцінювання національними судами стосовно того, що заявник чітко та очевидно не відхилив нацистську ідеологію у своїй публікації в блозі.

Тому національні органи надали відповідні та достатні підстави та не перевищили свої межі розсуду. Таким чином, втручання було пропорційним переслідуваній законній меті, отже, було «необхідним у демократичному суспільстві».

Висновок: неприйнятна (явно необґрунтована).

Прим.: див. також раніше опублікований у Віснику НААУ переклад О. Дроздова та О. Дроздової Бюлетеню ЄСПЛ про мову ненависті.

8. Стаття 14 (Заборона дискримінації) Конвенції.

Дискримінація (стаття 1 (Захист власності) Протоколу № 1).

Передбачуване дискримінаційне ставлення в рівні заробітної плати, яка сплачується ув'язненим: неприйнятна.

Рішення від 13.03.18 р. у справі «Добровольський та інші проти Польщі», заява № 45651/11.

Dobrowolski and others v. Poland

Факти. Заявники працювали під час відбування покарання до тюремного ув'язнення, отримуючи за-

робітну плату в розмірі половини встановленої законом мінімальної заробітної плати, гарантованої іншим працівникам. До закону були внесені поправки 8 березня 2011 року, а мінімальна заробітна плата засуджених була вирівняна з рівнем заробітної плати інших працівників.

Дев'ять заявників відкрили цивільні позови проти держави на підставі того, що Конституційний Суд встановлював неконституційність відповідного законодавства. Заявники вимагали компенсації різниці між повною і половиною мінімальної заробітної плати за періоди їх роботи до 8 березня 2011 року. Національні суди відхилили всі подані позови, стверджуючи, що заробітна плата, отримана заявниками за їх роботу, була розрахована відповідно до закону.

Під час розгляду справи відповідно до Конвенції заявники посилалися на ст. 14 Конвенції разом зі ст. 1 Протоколу № 1. Вони скаржились, зокрема, на те, що положення, яке дозволяє особам, які працюють у в'язницях, сплачувати половину основної мінімальної системи оплати праці було дискримінаційним.

Право. Стаття 14 Конвенції разом зі ст. 1 Протоколу № 1. Суд зазначив, що заява стосувалася відносин між ув'язненими, які виконують оплачувану роботу, та їх роботодавцями. Робота заявників не була обов'язковою, тому їм було відомо про фінансові умови до їх працевлаштування. Суд зазначив, що держава врегулювала мінімальну заробітну плату ув'язненим — не менше половини встановленого законом мінімального розміру заробітної плати, але не було встановлено жодних обмежень щодо максимальну суму, яку вони могли б в теорії досягти. Переконав заявників, що до внесення поправок до закону від 8 березня 2011 року їх заробітна плата повинна була дорівнювати заробітній платі звичайних працівників, не було визнане законом або будь-яким судовим рішенням.

Рішення Конституційного Суду про оголошення оскарженого положення неконституційним не створює забезпечену правовою санкцією вимогу сплати повної мінімальної заробітної плати, оскільки Конституційний Суд чітко відклав його застосування до 8 березня 2011 року. Було чітко передбачено, що неконституційне положення національного законодавства не втратить своєї обов'язкової сили до дванадцяти місяців після офіційного оприлюднення рішення. До прийняття рішення та прийняття наступного

законодавства з поправками заявник не мав законного очікування, яке могло викликати питання відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції.

Як підсумок, заявники не продемонстрували, що вони мали скаргу, яка, як було достатньо встановлено, була забезпечена правовою санкцією, і тому вони не могли стверджувати, що мали «власність» у значенні ст. 1 Протоколу № 1. Оскільки ст. 14 Конвенції не була автономною, а також оскільки факти справ не потрапляли під сферу застосування ст. 1 Протоколу № 1, ст. 14 неможливо було застосовувати у цій справі.

Висновок: неприйнятна (несумісна *ratione materiae*).

9. Стаття 35 (Умови прийнятності) Конвенції.

Стаття 35 § 1 Вичерпання національних засобів судового захисту.

Судовий перегляд, який повинен бути вичерпаний стосовно рішення про відмову у наданні дозволу на переселення важко хворих осіб: неприйнятна.

Рішення від 03.06.18 р. у праві «Хаксар проти Сполученого Королівства», заява № 2654/18.

Khaksar v. the United Kingdom

Факти. Заявник, громадянин Афганістану, який був поранений внаслідок вибуху бомби в Афганістані, страждає від серйозних тілесних ушкоджень зі складними медичними наслідками. Він покинув свою країну для того, щоб звернутися за медичною допомогою до Сполученого Королівства, вимагаючи притулку після в'їзду. Держсекретар Департаменту внутрішніх справ відхилив заяву, виявивши, що медичний стан заявника не перебував на такій критичній стадії.

Всі апеляції заявника до національних судів були відхилені. Після рішення Суду в справі «Паспошвілі проти Бельгії» (№ 41738/10, 13.12.16 р.) заявник подав додаткові матеріали, стверджуючи, що його права відповідно до ст. 3 та 8 будуть залучені та порушені після повернення до Афганістану. Державний секретар вважав, що твердження не складають нову скаргу, розглянувши справу заявника відповідно до принципів, застосованих у попередньому провадженні в національному суді щодо порога, застосовного до порушення ст. 3 у медичних справах.

Незважаючи на те, що рішення не може бути оскаржене, заявник не подавав заяву для отримання доступного судового перегляду у Верховному Суді.

Право. *Стаття 35 § 1.* Незважаючи на відмову Держсекретаря переглянути справу заявника у світлі тесту в справі Паспошвілі, Суд зазначив, що Апеляційний суд нещодавно надав офіційно зобов'язуюче керівництво, засноване на тесті, викладеному в справі «Паспошвілі проти Бельгії», для всіх судів і судових органів нижчого рівня, ніж Верховний Суд, щодо рішень, прийнятих стосовно призупинення перепроводження серйозно хворих осіб. У зв'язку з цим заявник не намагався отримати дозвіл Верховного Суду на судовий перегляд рішення Держсекретаря для того, щоб надати можливість національним судам розглянути це питання відповідно до національного законодавства. Тому заявникові не вдалося вичерпати всі доступні для нього національні засоби судового захисту.

Висновок: неприйнятна (невичерпання національних засобів судового захисту).

Прим.: див. також рішення ЄСПЛ у справі «N. Проти Сполученого Королівства» від 27.05.08 р., заява № 26565/05.

9.1. Стаття 3 (Заборона катування) Конвенції.

Пропозиція вислання особи-носія ВІЛ до країни походження, де для неї доступ до відповідного медичного лікування був непевним: депортація не становитиме порушення.

Рішення від 27.05.18 р. у справі «N. проти Сполученого Королівства», заява № 26565/05.

N. v. the United Kingdom⁶

Факти. Заявниця N., громадянка Уганди, приїхала під несправжнім іменем до Сполученого Королівства у 1998 році і попросила про надання притулку. Протягом наступних місяців виявилось, що вона має дві хвороби: СНІД і високий рівень пригнічення імунітету. Вона пройшла антиретровірусну терапію, і її стан почав стабілізуватись. У 2001 році Держсекретар відмовив їй у клопотанні про притулок з підстав вірогідності і відхилив її заяву про те, що вислання становитиме нелюдське поводження у розумінні ст. 3 Конвенції. Хоча заявниця успішно оскаржила відмову стосовно ст. 3, це рішення було скасоване Апеляційним імміграційним судом, котрий вирішив, що медичне лікування, хоча нижчого, ніж у Сполученому Королівстві, рівня, доступне і в Уганді. Апеляції заявниці до Апеляційного суду і Палати Лордів були залишені без задово-

⁶ Case of N. v. the United Kingdom. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117932>.



лення. На момент постановлення рішення Великою Палатою стан здоров'я заявниці був стабільним, вона могла подорожувати і, як очікувалось, могла лишатись у задовільному стані за умови отримання загального лікування, якого вона потребувала. Докази, надані національним судам, свідчили про те, що якби вона була позбавлена медикаментозного лікування, яке вона отримувала у Сполученому Королівстві, стан її здоров'я швидко погіршився б, вона страждала б від слабкості, дискомфорту, болю і через кілька років померла б. Відповідно до інформації, наданої Всесвітньою організацією охорони здоров'я, антиретровірусні ліки були доступні в Уганді, хоча, через брак коштів, їх отримувала лише половина тих, хто їх потребував. Заявниця стверджувала, що не змогла б дозволити собі лікування і що у сільській місцевості, звідки вона походить, воно було б їй недоступне. Як виявилось, в Уганді у неї були родичі, хоча вона стверджувала, що вони не захочуть і не зможуть доглядати за нею, якщо вона серйозно захворіє.

Право. Стаття 3. Суд підсумував принципи, які мають застосовуватись до вислання тяжкохворих осіб: іноземці, які мають бути вислані, у принципі, не можуть вимагати жодного права залишатись на території Держави-учасниці для того, аби продовжувати отримувати надані їм медичну, соціальну або іншу допомогу і послуги. Той факт, що стан заявника, включаючи очікувану тривалість життя, значно погіршиться у випадку вислання, сам собою не є достатнім для твердження про порушення ст. 3. Рішення вислати іноземця, який страждає від серйозного психічного чи фізичного захворювання, до країни, де можливості для лікування такої хвороби гірші, ніж у Державі-учасниці, може говорити про порушення ст. 3, але в дуже виняткових випадках, у яких переважають гуманітарні міркування проти вислання, як у справі «D. проти Сполученого Королівства» (Reports of Judgments and Decisions 1997-III — заявник тяжко хворий, немає жодних гарантій будь-якого особистого чи медичного догляду у країні походження, або ж родини, яка бажала б чи могла надати хоча б мінімальний рівень харчування, притулку і соціальної підтримки). Стаття 3 не накладає на Держави-учасниці зобов'язання усувати нерівність між рівнями лікування, доступними у різних країнах, шляхом надання безкоштовної і необмеженої системи охорони здоров'я іноземцям, які не мають права залишатись під її юрисдикцією. Зрештою, ці принципи

мали застосовуватись до вислання будь-якої особи, ураженої будь-якою серйозною природною фізичною чи психічною хворобою, яка може спричинити страждання, біль і зменшити тривалість життя, а також вимагає спеціального медичного лікування, яке може не бути таким доступним у країні походження заявника, або може бути доступне лише за значні кошти.

У випадку заявниці її скарга ґрунтувалась виключно на серйозності її медичного стану і на відсутності достатнього лікування, доступного у її рідній країні. Те, що Сполучене Королівство надало їй медичну і соціальну допомогу за рахунок держави, доки її клопотання про притулок і заява відповідно до Конвенції не були розглянуті, саме собою не спричиняє обов'язок держави продовжувати надавати їх. Хоча якість і тривалість її життя у разі повернення до Уганди можуть знизитись, вона не є критично хворою. Швидкість погіршення, від якого вона страждатиме, і рівень, на якому вона буде спроможна отримати доступ до медичного лікування, підтримки і догляду, включно з допомогою від родичів, є спірними, особливо з огляду на постійний розвиток у лікуванні ВІЛ і СНІДу в усьому світі. Отже, її випадок не містить «дуже виняткових обставин».

Висновок: немає порушення (чотирнадцятьма голосами проти трьох).

10. Стаття 1 Протоколу № 1.

Мирне володіння майном. Вимога ретроспективного повернення помилково призначеної соціальної допомоги, яка складала єдине джерело доходу заявника: порушення.

Рішення від 26.04.18 р. у справі «Чакаревич проти Хорватії», заява № 48921/13.

Čakarević v. Croatia

Факти. У 1996 році Бюро з працевлаштування надано заявникові допомогу по безробіттю на визначений проміжок часу, який згодом був продовжений після наступного повідомлення. У березні 2001 року Бюро виявило, що вона отримувала допомогу поза межами дозволеного законом терміну в дванадцять місяців та припинила її з червня 1998 року. Бюро подало цивільний позов проти заявника про несправедливе збагачення, вимагаючи повернення близько 2 600 євро разом із встановленими законами відсотками на основі допомоги по безробіттю, яку вона отримала протягом періоду з червня 1998 року до березня 2001 року. Національні суди підтримали наказ про повернення коштів.

Право. Стаття 1 Протоколу № 1.

(а) *Застосовність.* Особа повинна мати право покладатися на дійсність остаточного адміністративного рішення на його або її користь, а також на здійснення заходів, уже вжитих відповідно до нього за умови, що ні бенефіціар, ні будь-яка особа від його або її імені сприяли тому, що таке рішення було помилково або неправильно виконано. Таким чином, тоді як адміністративне рішення могло підпорядковуватися скасуванню в майбутньому (*ex nunc*), очікування того, що воно не повинне бути поставлене під сумнів ретроспективно (*ex nunc*), повинне бути визнане законним, за винятком тих випадків, коли існують вагомі причини для протилежного висновку в загальних інтересах або в інтересах третіх сторін.

Низка обставин свідчили на користь визнання правової позиції заявника як захищену «законним очікуванням» для цілей застосування ст. 1 Протоколу № 1. По-перше, не існувало жодних ознак того, що заявник сприяв продовженню виплати допомоги після закінчення встановленого законом терміну. По-друге, заявник отримувала допомогу по безробіттю сумлінно. По-третє, адміністративне рішення не містило жодного чіткого зазначення того факту, що згідно з відповідними положеннями законодавства термін дії права закінчувався в певну дату. По-четверте, існував тривалий проміжок часу після закінчення встановленого законом терміну, протягом якого органи влади не реагували та продовжували щомісячні виплати. Тому ці обставини могли наштовхнути заявника на думку, що вона мала право отримувати ці виплати. Тому з урахуванням характеру допомоги як поточної підтримки основних існуючих потреб заявник мала законне очікування того, що вона може покладатися на виплати, які вона отримала, маючи законне право на таку виплату. Той факт, що суди згодом установили, що виплати відбувалися без правової основи в національному законодавстві, таким чином, не були вирішальними. Стаття 1 Протоколу № 1 була застосована.

(b) *Відповідність.* На відміну від справи «Москаль проти Польщі», питання не полягало в скасуванні допомоги по безробіттю заявника, а в зобов'язанні, покладеному на неї, повернути вже отриману допомогу відповідно до адміністративного рішення.

Стосовно пропорційності втручання не стверджувалося, що заявник сприяв отриманню допомоги

поза межами її законного права. Оскільки компетентний орган влади прийняв рішення на користь заявника та продовжував здійснювати відповідні платежі, заявник мав законну підставу для припущення, що отримані платежі були юридично правильними. Було б необґрунтованим зробити висновок, що заявник повинна була усвідомлювати, що вона отримувала допомогу по безробіттю за межами встановленого законом максимального терміну.

Органи влади не виконали свого зобов'язання діяти своєчасно та належним чином і послідовно. Незважаючи на те, що виплати допомоги по безробіттю, яку не повинна була отримувати заявник, були повністю результатом помилки держави, заявникові було наказано повернути переплачену суму в повному обсязі разом із встановленими законом відсотками. Отже, не було встановлено жодної відповідальності від держави і держава уникнула будь-яких наслідків своєї помилки, оскільки тягар був перекладений лише на заявника.

Заявнику було запропоновано погасити її борг за 60 часткових платежів. Проте сума, яку було наказано повернути, складала значну суму грошей для неї з урахуванням того, що вона була позбавлена свого єдиного джерела доходу, а також з урахуванням її загальної фінансової ситуації. Сума, яку вона отримала як допомогу по безробіттю, була дуже скромною і була використана для її існування. Національні суди, приймаючи рішення про необґрунтоване збагачення, не взяли до уваги здоров'я та економічну ситуацію заявника. Вона страждала від психічного захворювання, була непрацездатною і безробітною протягом тривалого проміжку часу. Вона не мала банківських рахунків, жодного прибутку і жодного значимого майна. Такі обставини означали, що сплата її боргів, навіть у розстрочку, могла б поставити під загрозу її існування.

Як підсумок, вимога, накладена на заявника, відшкодувати суму допомоги по безробіттю, виплаченої їй помилково компетентним органом влади поза встановленим максимальним періодом, викликав надмірний тягар для неї.

Висновок: порушення (одноголосно).

Стаття 41: 2 600 євро відшкодування моральної шкоди; вимога відшкодування матеріальної шкоди відхилена.

Прим.: див. також рішення «Москаль проти Польщі» від 15.09.09 р., заява № 10373/05.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо сплати судового збору

Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду на засіданні 04.07.18 р. розглянув у порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу ОСОБА_1 на ухвалу Апеляційного суду Хмельницької області від 23.08.16 р. у справі № 686/114/16-ц, провадження № 61-16723св18.

Відповідно до п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України забезпечення апеляційного оскарження судового рішення є однією з основних засад судочинства.

Верховний Суд постановою від 04.07.18 р. скасував ухвалу суду апеляційної інстанції, якою відмовлено у задоволенні заяви про зменшення розміру судового збору, апеляційну скаргу визнано неподаною та повернуто особі, яка її подала, через порушення положень ст. 8 Закону України «Про судовий збір» (у редакції, чинній на момент прийняття оскарженого рішення), ст. 82 Цивільного процесуального кодексу України¹ 2004 року (положення якої кореспондуються зі ст. 136 ЦПК), ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод² 1950 року.

Направляючи справу до суду апеляційної інстанції для продовження розгляду, Верховний Суд виходив із того, що положення статей ЦПК та Закону України «Про судовий збір» не містять вичерпного й чіткого визначеного (чіткого) переліку документів, які можна вважати такими, що підтверджують майновий стан особи. У кожному конкретному випадку суд установлює можливість особи сплатити судовий збір на підставі поданих нею доказів щодо її майнового стану за своїм внутрішнім переконанням. Водночас підстави для відмови суду у таких клопотаннях мають бути достатньо аргументовані.

Відповідно до практики ЄСПЛ п. 1 ст. 6 Конвенції не вимагає від держав засновувати апеляційні або касаційні суди. Водночас там, де такі суди існують, гарантії, що містяться у ст. 6 Конвенції, повинні відповідати, зокрема, забезпеченню ефективного доступу до цих судів для того, щоб учасники судового процесу могли отримати рішення, яке стосується їх «цивільних прав та обов'язків» (п. 65 рішення ЄСПЛ від 11.10.01 р.

у справі «Гоффманн проти Німеччини» («Hoffmann v. Germany»); рішення ЄСПЛ від 26.10.2000 р. у справі «Кудла проти Польщі» («Cudla v. Poland»)).

ЄСПЛ також вказав, що інтереси справедливого здійснення правосуддя можуть виправдовувати накладення фінансових обмежень на доступ особи до суду. Положення п. 1 ст. 6 Конвенції про виконання зобов'язання забезпечити ефективне право доступу до суду не означає просто відсутність втручання, але й може вимагати вчинення позитивних дій у різноманітних формах з боку держави; не означає воно й беззастережного права на отримання безкоштовної правової допомоги з боку держави у цивільних спорах, так само це положення не означає надання права на безкоштовні провадження у цивільних справах (п. 59 рішення ЄСПЛ від 19.06.01 р. у справі «Креуз проти Польщі» («Kreuz v. Poland»)). Вимога про сплату державного мита є стримуючою мірою для потенційних позивачів від пред'явлення безрозсудних і необґрунтованих позовів. Для того щоб гарантувати справедливий баланс між підтримкою нормального функціонування судової системи і захистом інтересів заявника при поданні позову до суду, внутрішньодержавні суди звільняють від сплати державного мита заявників, які можуть підтвердити свій поганий фінансовий стан (п. 111 рішення ЄСПЛ від 20.02.14 р. у справі «Шишков проти Росії» («Shishkov v. Russia»)).

Оцінюючи фінансовий стан особи, яка звертається до суду з вимогою про звільнення її від сплати судового збору, зменшення його розміру, надання відстрочки чи розстрочки в його сплаті, національні суди повинні встановлювати наявність у такої особи реального доходу (розмір заробітної плати, стипендії, пенсії, прибутку тощо), рухомого чи нерухомого майна, цінних паперів, можливості розпорядження ними без значного погіршення фінансового стану (п. 44 рішення ЄСПЛ від 26.07.05 р. у справі «Kniat v. Poland»; п. 63 — 64 рішення ЄСПЛ від 26.07.05 р. у справі «Jedamski and Jedamska v. Poland»).

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75473675>.

¹ Далі за текстом — ЦПК.

² Далі за текстом — Конвенція.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо права прокурорів на пенсійне забезпечення за вислугу років незалежно від віку за наявності на день звернення відповідної вислуги років

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду на засіданні 26.06.18 р. розглянув у порядку письмового провадження справу № 212/6157/16-а, адміністративне провадження № К/9901/6814/18 у справі за позовом ОСОБА_1 до управління ПФУ про визнання протиправним та скасування рішення, зобов'язання вчинити певні дії.

Верховний Суд дійшов висновку, що прокурори мають право на пенсійне забезпечення за вислугу років незалежно від віку за наявності на день звернення відповідної вислуги років, у тому числі відповідного стажу роботи на посадах прокурорів. Питання пенсійного забезпечення працівників прокуратури України регулюються Законом України № 1697 «Про прокуратуру», що набрав чинності з 15.07.15 р.

Позивач просив визнати протиправними дії відповідача щодо відмови у призначенні пенсії за вислугу років та зобов'язати призначити і виплачувати надалі таку пенсію.

Відповідач відмовив у призначенні такої пенсії з тих підстав, що норми щодо пенсійного забезпечення осіб, яким пенсії призначаються, зокрема, відповідно до Закону України «Про прокуратуру», скасовано і з 01.06.15 р. пенсії призначаються на загальних підставах у зв'язку з тим, що закон щодо призначення всіх пенсій, у тому числі спеціальних, не прийнято (Закон України від 02.03.15 р.

№ 213 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення»³).

Суди попередніх інстанцій позов задовольнили. Відповідач не погодився з попередніми рішеннями і оскаржив їх.

Верховний Суд перевіряв матеріали справи і дійшов висновку, що рішення судів попередніх інстанцій у справі ґрунтуються на правильному застосуванні норм матеріального права, тому в задоволенні заяви управління ПФУ слід відмовити. Суд мотивував своє рішення тим, що дія Закону № 213 поширювалася тільки на Закон України від 05.11.91 р. № 1789 «Про прокуратуру», відповідно до якого на той період призначалися пенсії працівникам прокуратури. Цей Закон частково втратив чинність з 15.07.15 р. у зв'язку з набранням чинності Законом № 1697 «Про прокуратуру», який є чинним і на сьогодні. Новий Закон України «Про прокуратуру» діяв на час звернення позивача до управління ПФУ із заявою про призначення пенсії. Його загальна вислуга років станом на день звернення становила 22 роки 7 місяців і 14 днів, що є достатнім для призначення пенсії за вислугу років.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75007210>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо розподілу обов'язків доказування

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду на засіданні 11.07.18 р. розглянув касаційну скаргу ТОВ «Вікра» на постанову від 14.05.18 р. про визнання правочину недійсним.

ТОВ «Вікра» в особі керуючого санацією — арбітражного керуючого звернулося до господарського суду Миколаївської області з позовом до ТОВ «Вік-

ра» про визнання недійсним ліцензійного договору від 08.06.11 р. про передачу прав на використання торговельної марки.

Позовні вимоги мотивовані, зокрема, тим, що: оспорюваний правочин підписаний зі сторони ліцензіара неуповноваженою особою за відсутності доказів його схвалення юридичною особою; у договорі підроблено

³ Далі за текстом — Закон № 213.



дату його укладення; наявний дефект відтиску печатки позивача, що міститься на договорі; ліцензіар продовжував повноцінне використання майнових прав за свідоцтвом на торговельну марку у такий спосіб, якби цей договір не приймався до виконання і не укладався взагалі.

Рішенням місцевого господарського суду в задоволенні позову відмовлено. Апеляційний господарський суд постановою рішення місцевого господарського суду скасував, а позов задовольнив.

Залишаючи без змін оскаржувану постанову суду апеляційної інстанції, Верховний Суд, зокрема, зазначив, що суд апеляційної інстанції (як і суд першої інстанції) неодноразово витребував у відповідача оригінал договору (у зв'язку з посиланням позивача на відсутність у нього такого оригіналу), проте відповідач вимог суду не виконав, надавши при цьому нотаріально посвідчену копію договору.

Водночас у разі посилання учасника справи на невчинення іншим учасником справи певних дій або відсутність певної події суд може зобов'язати такого іншого учасника справи надати відповідні докази вчинення цих дій або наявності певної події. Якщо таких доказів не буде надано, суд може визнати обставину невчинення відповідних дій або відсутності події встановленою.

Відповідно до ч. 6, 7, 9 ст. 81 Господарського процесуального кодексу України⁴ будь-яка особа, в якій знаходиться доказ, повинна видати його на вимогу суду.

У разі неподання учасником справи витребува-

них судом доказів без поважних причин або без повідомлення причин суд, залежно від того, яка особа ухиляється від їх подання та яке ці докази мають значення, може визнати обставину, для з'ясування якої витребувався доказ, або відмовити у її визнанні, або розглянути справу за наявними в ній доказами, а у разі неподання таких доказів позивачем — також залишити позовну заяву без розгляду.

Як унормовано приписами ч. 2 ст. 42 ГПК, учасники справи, зокрема, зобов'язані: сприяти своєчасному, всебічному, повному та об'єктивному встановленню всіх обставин справи; подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази.

З огляду на викладене вище, врахувавши розподіл обов'язків доказування, колегія суддів КГС Верховного Суду погодилася з висновками суду апеляційної інстанції, що відповідачем не спростовано твердження позивача про те, що оспорюваний правочин не було укладено 08.06.11 р., як і не доведено обставин його укладення 08.06.11 р. (або 16.06.11 р., як безпосередньо зазначав відповідач). Наведене також стосується і доведення обставин щодо справжності відтиску печатки позивача на договорі, а також повноважень особи, яка підписала договір від імені позивача на його укладення (саме на момент фактичного підписання цього правочину).

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75368704>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо волевиявлення працівника як необхідної умови припинення трудового договору

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду на засіданні 11.07.18 р. розглянув відкритому судовому засіданні справу № 821/761/17, провадження № К/9901/20997/18 за позовом ОСОБА_1 до Генеральної прокуратури України, про визнання протиправним та скасування наказу, поновлення на роботі.

Позивач оскаржував наказ Генерального прокурора України від 10.04.17 р. про звільнення з посади керівника Херсонської місцевої прокуратури Херсонської області у зв'язку з поданням заяви про дострокове припинення повноважень на адміністративній посаді за власним бажанням. Обґрунтовуючи позовні вимоги, позивач посилався на те, що написав заяву

⁴ Далі за текстом — ГПК.



про звільнення під психологічним тиском, тобто без наміру достроково припинити повноваження на адміністративній посаді.

У рішенні Верховний Суд зазначив, що призначення особи на посаду прокурора і звільнення прокурора із займаної посади може відбуватися виключно з підстав та в порядку, передбаченому Законом «Про прокуратуру», проте, оскільки питання звільнення прокурорів за власним бажанням цим Законом не врегульовано, суд першої інстанції застосував норми Кодексу законів про працю України⁵.

Положеннями КЗпП визначено, що при розірванні трудового договору з ініціативи працівника роботодавець може звільнити працівника у день подання ним заяви за умови, якщо працівник сам визначає цей день датою звільнення, зазначивши при цьому поважну причину, яка зумовила прийняття ним рішення про звільнення (переїзд на нове місце проживання, вступ до навчального закладу, переведення чоловіка або дружини на роботу в іншу місцевість тощо).

У постанові від 26.10.16 р. у справі № 6-1269цс16 Верховний Суд України висловив правову позицію, що, розглядаючи позовні вимоги щодо оскарження наказу

про припинення трудового договору, суди повинні з'ясувати, зокрема, чи було волевиявлення працівника на припинення трудового договору в момент видачі наказу про звільнення.

Колегія суддів зауважила, що факт подання позивачем заяви про звільнення з адміністративної посади до прокуратури Херсонської області 06.04.17 р. є сумнівним, оскільки наявна в матеріалах справи заява не містить дати її написання, а факт її подання та волевиявлення про звільнення за власним бажанням позивач заперечує.

Верховний Суд погодився з висновком суду першої інстанції про наявність правових підстав для задоволення позовних вимог з огляду на те, що відповідач належними та допустимими доказами не довів факт подання позивачем 06.04.17 р. заяви про звільнення за власним бажанням і не спростував твердження скажника про складання ним цієї заяви задовго до дня звільнення та відсутність наміру достроково припинити повноваження на адміністративній посаді.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75253763>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо призначення покарань за сукупністю злочинів та за сукупністю вироків

Об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду 25.06.18 р. розглянула у відкритому судовому засіданні за касаційною скаргою прокурора на ухвалу Апеляційного суду Одеської області від 15.11.16 р. кримінальне провадження, внесені до ЄРДР щодо ОСОБА_3, засудженого за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 185, ч. 3 ст. 185 Кримінального кодексу України⁶.

Ухвалою колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 19.04.18 р. кримінальне провадження щодо К. було передано на розгляд об'єднаної палати цього Суду

на підставі ч. 2 ст. 434¹ Кримінального процесуального кодексу України⁷.

Таке рішення колегія суддів прийняла у зв'язку з тим, що вважала за необхідне відступити від висновку щодо застосування ч. 4 ст. 70 КК, викладеного у постанові колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 27.03.18 р. (справа № 754/2749/17). У зазначеній постанові міститься висновок щодо застосування згаданої норми матеріального права, згідно з яким у разі, коли особа, щодо якої було застосовано звільнення від відбування покарання з випробуванням, вчинила до постановлення першого вироку інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить

⁵ Далі за текстом — КЗпП.

⁶ Далі за текстом — КК.

⁷ Далі за текстом — КПК.



відбувати реально, або звільняється від відбування покарання з випробуванням, застосування принципів поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань не допускається. За таких умов кожний вирок виконується самостійно.

Колегія суддів Другої судової палати ККС ВС з наведеним висновком не погодилася, навівши в ухвалі відповідні мотиви. Виходячи з приписів кримінального закону правила призначення покарання, передбачені ч. 4 ст. 70 КК застосовуються в разі, якщо після постановлення вироку у справі буде встановлено, що особа винна ще й в іншому злочині, вчиненому нею до постановлення попереднього вироку. У такому випадку суд, призначаючи покарання за другим вироком, може як поглинути покарання за першим вироком, так і приєднати його повністю або частково, однак таким чином, щоб обраний захід примусу не перевищував максимального покарання, встановленого статтею (частиною статті), за якою особу засуджено, і водночас не був меншим за строк покарання, визначений за перший злочин. При цьому суд зобов'язаний в остаточне, призначене за сукупністю злочинів, покарання зарахувати покарання, відбуте повністю або частково за попереднім вироком, за правилами, передбаченими в ст. 72 КК.

Призначення покарання за сукупністю вироків застосовується у випадках, коли засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив новий злочин. У цьому разі суд відповідно до ч. 1 ст. 71 КК до покарання, призначеного за новим вироком, повністю або частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком. При складанні покарань у порядку ч. 1 ст. 71 КК остаточне покарання має бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком. Ці приписи закону є імперативними і підлягають обов'язковому виконанню.

Отже, у такому випадку процес призначення покарання проходить такі стадії: призначення покарання за злочин, вчинений до постановлення попереднього вироку; якщо вчинено декілька таких злочинів, які не охоплюються однією статтею чи частиною статті КК, то покарання призначається за кожен злочин окремо; визначення покарання за сукупністю вказаних злочинів (ч. 1 — 3 ст. 70 КК); призначення покарання за сукупністю злочинів, установлених новим та попереднім вироками, і зарахування у строк покарання повністю або частково відбутого покарання за попереднім ви-

роком (ч. 4 ст. 70, ст. 72 КК); призначення покарання за злочин, вчинений після постановлення попереднього вироку; якщо вчинено декілька таких злочинів, які не охоплюються однією статтею чи частиною статті КК, то покарання призначається за кожен злочин окремо; визначення та призначення покарання за сукупністю вказаних злочинів (ч. 1 — 3 ст. 70 КК); призначення остаточного покарання за сукупністю вироків (ч. 1 ст. 71 КК).

З огляду на законодавчі приписи, у разі, якщо порушується хоча б один із принципів кримінального права, руйнуються окремі елементи відповідної структури, і, як наслідок, рішення суду містить помилку.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження щодо К., суди нижчих інстанцій, постановляючи рішення, зазначеного не врахували, що спричинило неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, а саме ч. 4 ст. 70 КК.

Помилки, які допустили суди нижчих інстанцій, призначаючи засудженому покарання, неможливо усунути без погіршення становища К., а за відсутності відповідного касаційного приводу об'єднана палата не вправі цього зробити.

За результатами вивчення матеріалів провадження, Верховний Суд дійшов висновку, що коли після постановлення вироку у справі буде встановлено, що засуджений винен ще в кількох злочинах, одні з яких вчинено до, а інші — після постановлення першого вироку, то покарання за останнім за часом вироком призначається із застосуванням як ст. 70, так і ст. 71 КК: спочатку — за правилами ч. 1 ст. 70 КК за сукупністю злочинів, вчинених до постановлення першого вироку; після цього — за правилами ч. 4 ст. 70 КК, потім — за сукупністю злочинів, вчинених після постановлення першого вироку; і остаточне — за сукупністю вироків відповідно до ч. 1 ст. 71 КК. У кримінально-правовій ситуації, коли вчинення нового злочину в період іспитового строку стає фактичною підставою для визнання (скасування) призначеного за попереднім вироком покарання у виді позбавлення волі, від відбування якого звільнялась особа, таким, що належить відбувати реально, його самостійне виконання при застосуванні ч. 4 ст. 70 КК не допускається за наявності підстав для подальшого призначення остаточного покарання за правилами ч. 1 ст. 71 КК.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75042896>.



АДВОКАТИ УКРАЇНИ & ООН & МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Віталій Власюк,

адвокат, заступник голови Комітету з міжнародних зв'язків НААУ

Міжнародне право за останні десятиріччя стало дійсно ефективним інструментом захисту прав людини. Було прийнято низку міжнародних договорів, з'явилися впливові міжнародні інституції. Вийшла на новий рівень координація правозахисників, у тому числі професійна. З появою таких організацій, як Рада юристів та правничих спілок Європи (Council of Bars and Law Societies of Europe), Міжнародна комісія юристів (International Commission of Jurists) та Міжнародна асоціація юристів (International Bar Association), питання захисту професійних прав адвокатів стали спільною справою. У свою чергу, безперечною заслугою Національної асоціації адвокатів України є активна взаємодія із зазначеними інституціями з метою захисту прав адвокатів України від порушень з боку, насамперед, держави.

Останніми роками суттєво почастишали випадки утиску юристів, суддів та представників юридичної професії по всьому світу, у тому числі й у Східній Європі та Центральній Азії. Йдеться не тільки про фізичні напади та залякування адвокатів, але й такі спроби перешкодити ефективній роботі юристів, як довільне звільнення та інші дисциплінарні процедури, кримінальні та адміністративні переслідування, які, на превеликий жаль, стали новою нормою у роботі багатьох юристів, що значною мірою унеможлиблює доступ до ефективної та незалежної юридичної допомоги із захисту прав людини всупереч правам як адвокатів, так і їхніх клієнтів у цих регіонах.

Не секрет, що ситуація з дотриманням прав людини в Україні, включаючи адвокатів, не найкраща. Отже, справедливо, що це викликає занепокоєння у наших міжнародних партнерів та колег.

У цьому контексті важливою є діяльність Міжнародної комісії юристів, що складається з 60 юристів (у тому числі старших суддів, адвокатів та наукових працівників), які прагнуть забезпечити дотримання міжнародних стандартів прав людини через закони. Члени комісії відомі своїм досвідом, знаннями та фундаментальною відданістю правам людини. Структура Комісії спрямована на відображення географічного різноманіття світу та його багатьох правових систем.

1 березня 2018 року Міжнародна комісія юристів подала до Ради з прав людини ООН усну заяву щодо нападів на адвокатів та представників юридичної професії в Туреччині, Азербайджані, Казахстані та Китаї. Символічно, що це відбулося саме в штаб-квартирі ООН в м. Женева (Швейцарія), місті, яке подарувало нам одного з найвизначніших і найвільніших мислителів Жан-Жака Руссо. Перекоаний, що пан Руссо не схвалював би утиски з боку держави представників вільних професій, як-от адвокатів.

У заяві, яку було проголошено під час інтерактивного діалогу зі Спеціальним доповідачем ООН з прав людини та Спеціальним доповідачем ООН з питань катувань, було висловлено занепокоєння з приводу кримінального переслідування адвокатів, втручанням держави у самоврядування адвокатів, відсутність належного розслідування випадків вбивств адвокатів. Аналогічні проблеми постають і перед адвокатами України.

Заявою Міжнародної комісії юристів утиск адвокатів та інших представників юридичної професії визначено як глобальну проблему, яка ставить під загрозу незалежність цієї професії.

З метою звернення особливої уваги до цього нагального питання у м. Женеві під час 38-ї сесії Ради з прав людини ООН було проведено низку спеціаль-



них заходів. Міжнародною комісією юристів та Інститутом прав людини Міжнародної асоціації юристів було організовано обговорення проблем, з якими стикається юридична спільнота в Туреччині після невдалого державного перевороту в липні 2016 року, та проведено спеціальне засідання щодо ситуації з дотриманням прав адвокатів в Україні, Казахстані та Азербайджані.

На запрошення співорганізаторів заходу, Міжнародної асоціації адвокатів та Міжнародної комісії юристів можливість виступити отримали й представники Національної асоціації адвокатів України.

Адвокати Юрій Григоренко, Ольга Просянюк та Олег Гарник підготували презентацію, в якій розповіли про непросту ситуацію з дотриманням прав адвокатів в Україні та навели чисельні негативні приклади. З 2013 року через професійну діяльність в Україні було вбито 8 адвокатів, зафіксовано 50 випадків фізичного насильства над адвокатами, 31 випадок пошкодження особистого майна юристів та близько 162 випадків тиску, залякування, психологічного насильства та інших грубих спроб перешкоджання професійній діяльності адвокатів всупереч Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та інших положень національного законодавства. Лише поодинокі випадки таких порушень було передано на розслідування.

У свою чергу, **адвокати Анна Боряк та Віталій Власюк** підкреслили, що йдеться не тільки про професійні права адвокатів, але й про фундаментальні права людини.

«Навіть з урахуванням застережень, на кшталт необхідності забезпечення національної безпеки в умовах триваючого на території України міжнародного збройного конфлікту, не може бути виправдань чисельним випадкам переслідування адвокатів державою, активного чи за її мовчазної згоди», — такої позиції дотримується Віталій Власюк.

Учасники заходу рішуче засудили намагання окремих держав втручатися у діяльність адвокатури та інші порушення професійних прав адвокатів, фундаментальних прав людини. За наслідками участі української делегації було досягнуто домовленість про поглиблення співпраці з Радою ООН з прав людини та її підпорядкованими інституціями в галузі захисту незалежності адвокатської професії, а також вивчення ситуації щодо порушення професійних

прав адвокатів. Окрім цього, було узгоджено візит до України Спеціального доповідача, представника відділу спеціальних процедур офісу Верховного комісара ООН з прав людини **Стефано Сенсі**.

Додатково треба зазначити, що спеціальні доповідачі є частиною того, що називається Спеціальними процедурами Ради ООН з прав людини. Система Спеціальних процедур є центральним елементом механізму ООН з прав людини, який використовується для оцінки, застосування та сприяння захисту прав людини та охоплює цивільні, культурні, економічні, політичні та соціальні права у цій сфері. У системі Спеціальних процедур Ради ООН з прав людини діють незалежні експерти з прав людини, які звітують про стан дотримання прав людини з урахуванням специфіки кожної окремої країни та надають рекомендації щодо його поліпшення. І хоча ці рекомендації не є юридично обов'язковими, держави, яких вони стосуються, разом з міжнародною спільнотою працюють разом для забезпечення виконання цих рекомендацій.

Стефано Сенсі, який працює в ООН з 2002 року та має багаторічний досвід роботи в системі Спеціальних процедур Ради з прав людини в різних країнах світу, погодився прибути до України для більш детального вивчення ситуації. Є сподівання провести відповідну робочу зустріч уже наприкінці серпня. Крім цього, пан Сенсі запропонував підготувати і направити до Ради ООН з прав людини відповідні матеріали для їх попереднього вивчення й надсилання представникам уряду України з метою отримання відповідних пояснень.

Як підсумував результати візиту представників НААУ до Швейцарії секретар Комітету захисту прав адвокатів **Юрій Григоренко**: *«Українська делегація була найбільш переконливою, оскільки єдина з усіх учасників підготувала візуальні презентації щодо порушення професійних прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності. Аудиторія була вражена, адже до цього в кабінетах ООН питання зазіхання на незалежність адвокатської професії в Україні не обговорювалась. Безперечно, це нова сторінка і новий напрям у захисті адвокатських прав та гарантій. Це той випадок, коли НААУ, окрім процесуальних та інформаційних, має змогу застосовується ще й міжнародно-правові та дипломатичні заходи впливу на виконавчу владу в Україні».*



ІНСТИТУТ АДВОКАТУРИ ДЕРЖАВИ ІЗРАЇЛЬ



Юрій Корнберг,
адвокат, Держава Ізраїль



Артем Неуров,
співробітник Ltd. «Geoda»

Цього року Державі Ізраїль та Єврейській Демократії виповнилося сімдесят років. Ізраїльське право почало зароджуватися на основі англійського, яке складає істотну частину правової системи. Проте сьогодні в Ізраїлі діє змішана правова система, в якій поєднуються риси романо-германського і англо-саксонського права, крім того, окремі питання регулюються релігійним правом.

Одним з провідних інститутів держави є адвокатура, основним завданням якої є захист прав, свобод та інтересів громадян. Інститут адвокатури, будучи елементом правової системи, володіє багатьма властивостями та особливостями.

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ

Територія, на якій зараз розташовується Держава Ізраїль (Ерец-Ісраель або Палестина) до 1920 року була регіоном Османської Імперії, тому на цій території діяло оттоманське право. Матеріальне цивільне право регулювалося зведенням законів Маджалла. Крім того, діяли оттоманські закони, що регулювали кримінальне право, доказове право, судове виконання, процесуальне право та інші сфери права.

З приходом Британського мандату у 1922 році видано «Указ короля в Раді». Зазначений Указ регулював основні правові питання та, крім того, закріпив правонаступництво від Османської Імперії до Британської Адміністрації.

Положення щодо правонаступництва регламентується у ст. 46 «Оттоманські закони, що були у силі до 1 листопада 1914 року, продовжують діяти, оскільки

вони можуть бути застосовані в місцевих умовах і не суперечать британському мандатному законодавству».

Разом з тим у ст. 46 зазначено, що в питаннях, які не регулюються турецьким законодавством, суди повинні керуватися англійськими загальним правом і доктринами справедливості¹.

Саме за період Британського мандату євреї зі всього світу почали приїжджати на Святу Землю. Серед новоприбулих була значна кількість видатних юристів, таких, як Джошуа Ротенштрейх, Іцках Тонік, Моше Змора, Хаїм Коен та інші. Вони прагнули взяти участь в сіоністському руху задля побудови Єврейської Держави. Отже, механізм було запущено. Прагнення юристів-репатріантів зайняти певну роль у новому суспільстві, отримати високий соціальний статус та розвивати правову систему вплинуло на формування характеру юридичної професії.

¹ King's Order-in-Council, 1922. URL: https://www.nevo.co.il/law_html/law21/PG-e-1252-2.pdf.



Британський істеблішмент дуже вплинув на правову культуру ізраїльського суспільства в момент його формування. Під час мандату англійський закон був домінуючим. Британські судді працювали у палестинських судах, слухання проходили англійською мовою. Тоді ж були сформульовані перші концепції, що регулюють діяльність адвокатів у Палестині. Першими адвокатами були члени Британської колегії адвокатів, оскільки членство у Колегії надавало право працювати у британських колоніях та підмандатних територіях.

У 1922 році Британський Уряд видав Адвокатський Указ, котрий регулював професію адвоката в Єрець-Ізраїль та закріплював основоположні принципи. Питання щодо критеріїв отримання ліцензії вирішував верховний суддя. Проте рівень довіри громадськості до судової системи та суддів значною мірою залежав від рівня юристів, котрі сприймалися як складова частина судової системи. У зв'язку з чим нагляд за діяльністю, ліцензуванням та дотриманням адвокатської етики став одним з повноважень судової системи.

Крім того, було засновано юридичну раду, до складу якої входили урядові чиновники та юристи. Одним з повноважень ради було консультування щодо надання ліцензії адвокатам.

Пізніше, у 1928 році, було засновано Єврейську колегію адвокатів як добровільну організацію з визначеними статутними повноваженнями, такими, як обрання представників до Комітету призначень суддів та встановлення членських внесків.

Вклад єврейських адвокатів у сіоністському руху мав відображення у заснуванні політичних, економічних, правових та культурних установ, які були запроваджені у майбутній державі.

Далі, у 1938 році, Адвокатський Указ від 1922 року скасовано та замінено двома іншими: Указ щодо адвокатури та Указ щодо правової ради. Указом щодо адвокатури визначено межі професії, організовано реєстр адвокатів та встановлено основні професійні обов'язки адвокатів. Другим Указом запроваджено правову раду, яка контролювала дисциплінарні питання, спеціалізацію, ліцензування. Члени ради призначались Верховним комісаром, більшість з яких були адвокатами, проте

до складу також входили громадські діячі та чиновники. Раду очолював Генеральний прокурор².

Перші декілька років після заснування Ізраїлю характеризуються глибоким впливом держави на всі сфери громадянського життя. Адвокатські об'єднання виступили проти цього, намагаючись встановити незалежність професії на законодавчому рівні та максимально незалежну від державних установ Колегію. У свою чергу, Укази 1930 року залишаються чинними.

Отже, адвокатські об'єднання, користуючись правом на законодавчу ініціативу, почали роботу зі створення Асоціації у межах законодавства Кнесету. Адвокати просували свою політику спираючись на ідеї автономної професійної організації, підкреслюючи незалежність Асоціації, що надавало органам адвокатського самоврядування право регулювати свої справи самостійно.

Статус і внесок Асоціації адвокатів у суспільне життя в оновленій державі, участь у процесі створення державних інститутів, запровадження основ нової правової системи — усе це сприяло засвоєнню концепції самоврядування, якої так прагнули адвокати³.

СУЧАСНИЙ СТАН

У 1962 році згідно із Законом від 1961 року в Ізраїлі була заснована Колегія адвокатів. Призначення Колегії — турбота про професійний рівень і професійну етику ізраїльських адвокатів. З цією метою Колегія здійснює реєстрацію, контроль і перевірку адвокатів-стажистів та видачу ліцензій на адвокатську практику.

У свою чергу, діяльність адвокатури регулюється Законом «Про Колегію адвокатів Ізраїлю», Законом «Щодо Правил Колегії адвокатів», Правилами адвокатської етики від 1986 року (трудові відносини, етика, спеціалізація тощо).

Відповідно до Закону «Про Асоціацію адвокатів Ізраїлю»⁴ від 1961 р. право займатися юридичною діяльністю мають право тільки члени Колегії⁵.

Важливо зауважити, що Колегія адвокатів — це одне з найбільших професійних об'єднань в Ізраїлі, членами якої є всі юристи-практики країни. Хоча Колегія адвокатів є недержавною організацією, членство тут протягом

² Lachovsky A. Legal Education in Mandate Palestine, p. 291, 296.

³ Ziv N. Combining Professionalism, Nation Building and Public Service: The Professional Project of the Israeli Bar. 1929 — 2002, Fordham Law Rev., vol. 7, p. 1621.

⁴ Далі за текстом — Закон.

⁵ Закон «Про Асоціацію адвокатів», 1961. URL: https://www.nevo.co.il/law_html/Law01/p179_001.htm.



певного терміну є обов'язковою умовою для заняття посади судді, а також деяких інших посад у правоохоронних органах, у тому числі прокурорів і слідчих. Так, у Законі про судоустрій передбачено, що членом Верховного Суду Ізраїлю може бути особа, яка не менше 5 років була членом окружного суду і має свідоцтво про членство в Колегії адвокатів не менше 10 років. Нотаріуси не є винятком. Так, нотаріусом може бути адвокат, який не порушував правил адвокатської етики, має досвід праці у сфері права більше 10 років та пройшов спеціальний курс підвищення кваліфікації⁶.

Відповідно до ст. 20 Закону особам або організаціям, які не є членами Асоціації адвокатів, забороняється займатися юридичним супроводом та юридичним представництвом. Таким чином, жодний іноземний юрист або адвокат не має права представляти інтереси свого клієнта в Ізраїлі, якщо він не є членом в Асоціації адвокатів Ізраїлю.

Вимоги та критерії до кандидатів, які бажають отримати адвокатську ліцензію закріплені у ст. 24 Закону. Перш за все це наявність вищої юридичної освіти, достатньо першого ступеня (диплом бакалавра), отриманого в одному з ВНЗ країни або за кордоном. У разі навчання за кордоном кандидату потрібно підтвердити диплом у Міністерстві освіти Ізраїлю, після чого диплом оцінюється спеціалізованою комісією при юридичному факультеті Єврейського університету в Єрусалимі на відповідність навчальної програми та кількості годин. За результатами висновку комісії кандидату необхідно скласти іспити з дисциплін, яких не вистачає.

Особа з вищою юридичною освітою реєструється як кандидат в члени Асоціації та отримує право на проходження юридичного стажування, тривалість якого — півтора року. Порядок проходження стажування, кількість годин роботи і види діяльності стажиста закріплені у Законі. Кожен стажист отримує посвідчення та право виступати в суді в перші півроку тільки під керівництвом свого наставника та в його присутності, а починаючи з шостого місяця стажування — самостійно.

Після закінчення стажування кандидат отримує право на складання адвокатського іспиту, який організовується та проводиться Асоціацією два рази на рік — навесні та восени. Іспит складається з двох частин. Перша частина — письмовий іспит, що включає 100 питань за всіма основними видами права. І в

разі успішної його здачі, переходять до другої частини — усної співбесіди перед екзаменаційною комісією у складі 3 екзаменаторів, суддів різних інстанцій, провідних правознавців, юристів і адвокатів, які оцінюють майбутнього колегу у вільній професійній бесіді⁷.

Законодавство встановлює дії, які можуть бути вчинені тільки адвокатом, як у межах постійної діяльності, так і за винагороду не в межах постійної діяльності. До таких дій належать такі.

1. Представництво інтересів іншої особи і будь-яка інша дія від імені іншої особи в суді, третейському суді, перед органами влади та посадовими особами, що володіють судовими або адміністративними повноваженнями.

2. Представництво інтересів іншої особи і будь-яка інша дія від імені іншої особи: у Бюро судового виконання; у Бюро реєстрації нерухомості; перед реєстратором компаній; перед реєстратором партнерства (товариств); перед реєстратором кооперативних об'єднань; перед реєстратором патентів, корисних моделей та промислових зразків; перед реєстратором товарних знаків; перед податковим інспектором і представником податкової інспекції.

3. Складання юридичних документів для іншої особи, включаючи представництво інтересів іншої особи на переговорах з метою складання юридичного документа.

4. Консультування і надання юридичних висновків.

З вищенаведеного правила є винятки, які надають право деяким категоріям осіб представляти інтереси інших осіб перед певними органами і посадовими особами та тільки у визначених законом випадках. Більше жодна людина або організація, крім адвоката, не має права виступати від імені іншої особи перед третіми особами, органами влади або посадовими особами.

Отже, слід зауважити, що тільки член Колегії адвокатів спроможний здійснювати юридичну практику. Це означає, що адвокат у своїй діяльності керується виключно нормами права, діє в межах принципів верховенства права та законності. Діючи в інтересах клієнта, адвокат не може порушувати закон, разом з тим виступає незалежним консультантом і представником з усіх правових питань у судових органах та інших державних установах.

Колегія адвокатів має власну структуру органів адвокатського самоврядування, до яких належать:

⁶ Правовые системы стран мира: энциклопедический справочник. Глава «Израиль» / Под ред. А. Я. Сухарева. М.: Издательство «Норма», 2003.

⁷ Корнберг Ю. Нотариат в юридической системе Израиля / Ю. Корнберг // Нотариальное право. 2012. № 2. С. 38—42.



Національна рада, Центральний комітет, районні комітети та Дисциплінарний суд.

Національна рада⁸ складається з 48 членів, 28 з яких обираються таємним голосуванням, ще 20 місць зарезервовані для Голови Колегії, екс-Голови Колегії, Генерального радника Міністерства юстиції, Головного прокурора, Головного військового прокурора та голів районних комітетів. Рада є «законодавчою» гілкою Колегії та відповідає за визначення політики Бюро та етичних норм. Вона уповноважена встановлювати правила у всіх сферах діяльності адвокатури в межах обов'язкового та уповноваженого нею органу, за умови схвалення Міністра юстиції. Рада має повноваження обговорювати та приймати рішення щодо будь-якого принципово важливого питання, яке перебуває в Раді адвокатів і яке не стосується сфер управління у питаннях захисту та здійснення діяльності Центрального комітету.

У чинному законі не визначено чіткий статус і основні функції Ради. На практиці Рада служить як «законодавчий орган» Колегії, який відповідає за визначення політики та етичних норм організації, а також вирішує питання щодо: 1) обрання Голови Колегії; 2) відсторонення Голови Колегії від посади; 3) обрання районних голів; 4) прийняття та схвалення бюджету Колегії; 5) вирішення внутрішньоорганізаційних питань; 6) адвокатської етики та дисципліни; 7) безкоштовної юридичної допомоги тощо.

Відсутність всебічного, чіткого та концентрованого визначення повноважень Національної ради створює неоднозначність у відносинах між Радою та Центральним комітетом. Ця неоднозначність є джерелом небажаної напруги у відносинах інститутів, яка повинна бути усунена шляхом уточнення системи повноважень та функцій кожного з цих національних інституцій.

Центральний комітет є виконавчим органом Асоціації адвокатів Ізраїлю і має всі повноваження. Комітет займається дисциплінарним стягненням членів адвокатури, захистом статусу адвокатури та її професійних справ, законопроектами, що стосуються діяльності адвокатури, акредитацією нових юристів (включаючи стажування і нагляд за ними). Крім Голови Колегії адвокатів, до його складу входять 16 членів.

Важко заперечити важливість існування та діяльності районних комітетів у загальній інституційній

інфраструктурі Асоціації адвокатів. Районні комітети утворені відповідно до територіально-адміністративного поділу Держави Ізраїль та поділяються на: Тель-Авівський, Єрусалимський, Хайфський, Північний та Південний райони. Це виражається у прямому зв'язку між районними комітетами та адвокатами, що працюють у визначеному районі. Таким чином, районні комітети є сполученням між Асоціацією та адвокатами.

Дисциплінарні правопорушення, вчинені членами Колегії або стажистами, розглядаються у Окружних дисциплінарних судах. Суд може накласти на винного в дисциплінарному правопорушенні такі покарання, як попередження, догана, штраф, відсторонення від посади та анулювання ліцензії. Постанова Окружного дисциплінарного суду може бути оскаржена у Національному дисциплінарному суді, рішення якого може бути оскаржене в Окружному суді м. Єрусалиму.

ЕТИКА

В Ізраїлі, як і в решті країн світу, існують Правила Асоціації адвокатів (Професійна етика) від 1986 року. Умовно Правила етики можна поділити на чотири частини:

1. *Відносини між адвокатом та клієнтом.* До цих правил слід віднести: запобігання конфлікту інтересів; діяльності щодо клієнта. Під час роботи з клієнтом адвокат повинен дотримуватись правил етики. Наприклад, адвокат, який має намір припинити роботу з клієнтом, повинен зробити це таким чином, щоб зберегти повагу до професії та не порушити прав клієнта; гононар адвоката; адвокатська таємниця.

2. *Відносини між адвокатом та судом.* Адвокат зобов'язаний захищати гідність суду. Адвокату забороняється вводити суд в оману, надавати неправдиві докази та іншим чином порушувати процесуальні норми.

3. *Відносини між адвокатами.* Вони повинні будуватися на нормах порядності та поваги.

4. *Підтримання поваги до професії.* Крім загальновідомих правил етики, які зазначені вище, в Ізраїлі існують і специфічні, властиві ізраїльській Асоціації адвокатів. Наприклад, у 2005 році запроваджені Правила одягу адвокатів, згідно з якими адвокат під час візиту до державних установ повинен бути вдягнений у білу сорочку з комірцем, брюки і піджак чорного або темно-синього кольору та чорні, закриті туфлі. Ця норма пов'язана з специфічним менталітетом ізраїльтян⁹.

⁸ Далі за текстом — Рада.

⁹ Правила ассоциации адвокатов (профессиональная этика), 1986. URL: http://www.israelbar.org.il/Bar_Association_Rules_december_2008.pdf.



ПРОБЛЕМАТИКА

За останні роки кількість адвокатів постійно зростає. У 1990 році Асоціація налічувала 10 697 адвокатів, у 2000 році — 23 127 адвокатів, у 2009 році — 40 469, на початку 2017 — 80 197. Різке зростання кількості адвокатів пов'язане з відкриттям у другій половині 90-х років минулого століття чотирьох приватних юридичних коледжів. До відкриття коледжів отримати юридичну освіту можна було тільки у чотирьох державних ВНЗ, для вступу абітурієнт мав володіти високим балом шкільного атестату. У свою чергу, коледжі не вимагають високих балів, оскільки навчан-

ня здійснюється на контрактній основі, а не за кошти держави¹⁰. Викладацький склад коледжів формується з колишніх юристів, які зацікавлені у наявності робочих місць після закінчення практикуючої діяльності.

Крім того, Ізраїль постійно поповнюється репатріантами з різних куточків світу, які прагнуть зайняти високий соціальний стан у суспільстві та продовжувати займатись улюбленою справою.

Асоціація адвокатів не лишає це питання без уваги. З кожним роком іспит на отримання ліцензії стає дедалі складнішим та процент осіб, які позитивно складають адвокатський іспит, зменшується.

Місяць та рік складання іспиту	05/2014	11/2014	05/2015	11/2015	05/2016	11/2016	05/2017	12/2017
Загальна кількість випробовуваних	2720	2073	2700	1943	2819	2481	3436	2553
Позитивний результат у відсотках	73 %	63 %	82 %	60 %	54 %	37 %	44 %	34 %

З наведеної таблиці вбачається, що з листопада 2015 року кількість бажаючих отримати ліцензію зростає, проте процент успішного складання іспиту зменшується¹¹.

Як зазначалось раніше, не всі члени Колегії адвокатів займаються приватною практикою, велика кількість з них є суддями, прокурорами, слідчими, радниками при міністерствах і т. д. Взагалі це регулює кількість та якість державних службовців. Проте на ринку приватних юридичних послуг конкуренція зростає, боротьба за клієнтів палає, гонорари зменшуються.

На думку авторів, існують інші методи врегулювання кількості адвокатів. Наприклад, запровадження системи нотаріату латинського типу, при якій нотаріус є особою вільної професії, проте здійснює свої функції як представник держави.

До основних принципів системи латинського нотаріату можна віднести такі¹².

Нотаріус — повинен бути досить кваліфікованим юристом, щоб мати право засвідчувати угоди і кон-

сультувати осіб, які звертаються до нього. Він має виконувати державні функції, не будучи державним чиновником. Має виконувати свої функції неупереджено. Повинен забезпечувати зберігання складених і засвідчених ним актів, видавати засвідчені копії, які мають юридичну силу оригіналу документа. При виконанні своїх функцій несе персональну відповідальність, у тому числі і всім своїм майном. Має здійснювати свою діяльність у межах території, визначеної законом. Повинен обов'язково входити до складу колегіального органу, створюваного на корпоративних засадах, а також дотримуватись законів своєї країни та правил етики.

Особливістю системи є те, що в Ізраїлі кожен нотаріус є адвокатом. Для отримання нотаріального свідоцтва потрібно мати 10 років юридичного стажу та бути членом Асоціації адвокатів. Крім того, відсутній іспит на отримання нотаріального свідоцтва. Тобто юрист в змозі поєднувати адвокатську діяльність з нотаріальною.

¹⁰ Корнберг Ю. Нотариат в юридической системе Израиля. Там само.

¹¹ Guetta J., Good News for the Bar Association's Failure: Some of the objections were accepted — how many have passed ?, The Marker website, November 27, 2016.

¹² Basic principles of the system of the Latin notary. Approved 18.01.1986. Bureau under the Commission for International Cooperation of the Notary and the Permanent Council in The Hague, 13-15.03.1986.



ВОЛОДИМИР СТАРОСОЛЬСЬКИЙ — АДВОКАТ ПОЛІТИЧНИХ ПРАВ УКРАЇНЦІВ (ДО 140-РІЧЧЯ ВІД ДНЯ НАРОДЖЕННЯ)



Серед когорти видатних українських адвокатів кінця XIX — першої половини XX ст. виділяється постать громадсько-політичного діяча Володимира Старосольського, 140-річний ювілей якого відзначаємо цього року. Активною працею він доклався до заснування та звитяги Українських січових стрільців, був заступником міністра закордонних справ в уряді Української Народної Республіки, головою Української соціал-демократичної партії.

Нині його наукова спадщина і відома «Теорія нації» є цінним надбанням української політичної й соціологічної думки. Та все ж у цьому багатоманітті діянь головною сферою служіння народу для В. Старосольського залишалась адвокатура.

Народився Володимир Старосольський 8 січня 1878 року у Ярославі (нині — територія Польщі) у сім'ї бургомистра. Початкову освіту отримав у місцевій гімназії, вищу юридичну — у Краківському, Львівському та Віденському університетах. У 1903 році В. Старосольський здобув ступінь доктора права у Львівському університеті.

Як і всі тодішні молоді юристи, після здобуття вищої освіти В. Старосольський розпочав адвокатську практику в статусі «адвокатського апліката» (помічника адвоката) у старшого за досвідом і стажем адвоката. Стажування можна було проводити в канцелярії одного або декількох адвокатів-практиків. Після чотирьох років практикант міг приступити до складання адвокатського іспиту, який традиційно відбувався в два етапи. На першому етапі — усному — оцінювався рівень теоретичної підготовки кандидатів із сфери цивільного і кримінального права. Другу частину проводили письмово: кандидати мусили довести вміння складати різного виду процесуальні документи. Після двох етапів іспиту виставляли підсумкову оцінку. Отримавши позитивний результат, практиканти мали право на самостійні виступи в судах у невеликих справах.

В. Старосольський був «аплікантом» 8 років у 5 львівських адвокатських канцеляріях. Зокрема, незадовго до складання адвокатського іспиту (1909 р.)

він працював у канцелярії відомого українського адвоката і політичного діяча Костя Левицького.

У 1908 році разом із Миколою Шухевичем В. Старосольський відкрив адвокатську канцелярію у Львові, а в листопаді 1911 року — власну адвокатську контору у Львові, яка досить швидко набула популярності. Молодий адвокат тепер став наставником для аплікантів (стажистів) — Є. Косевича, В. Макара, братів Василя і Петра Дідушків, згодом відомих старшин УСС. Про стрімке кар'єрне зростання свідчить обрання В. Старосольського 8 травня 1913 року до «Галицького союзу слуг державних» як члена Ради Палати адвокатів.

Початковий період кар'єри склався для В. Старосольського сприятливо. Від початку він виступав у справах із політичним підґрунтям, що стосувалися українських студентів і навіть учнів середніх шкіл, звинувачених у порушенні громадського порядку. Однак справжнє визнання до В. Старосольського як адвоката відбулося під час процесу над Мирославом Січинським, який 12 квітня 1908 року здійснив замах на намісника Галичини А. Потоцького. Незважаючи на те, що В. Старосольський був наймолодшим за віком і досвідом серед усіх адвокатів М. Січинського (до групи адвокатів також входили: Теофіл Окуневський, Сидір Голубович, Володимир Загайкевич, Кость Левицький), усе ж за оцінками спостерігачів, він «виступав активно та самостійно»¹.

¹ Старосольський Ю. Шляхами предків // Записки Наукового товариства ім. Шевченка / [ред. У. Старосольської]. Нью-Йорк — Париж — Сідней — Торонто, 1991. Т. 210. С. 57.



Ставши січовим стрільцем у 1914 році, В. Старосольський не залишив адвокатської практики, хоч приділяв їй значно менше уваги. Достатньо часто до УСС зверталися селяни зі скаргами, проханнями та порадами. Цими справами займався особисто В. Старосольський.

Після поразки Західно-Української Народної Республіки В. Старосольський на деякий час відійшов від активної громадської роботи й адвокатської практики. Проживаючи протягом 1920—1927 рр. за кордоном, він, здебільшого, займався науковою працею. Дослідження в галузі державного права в Українському вільному університеті в Празі та в Українській господарській академії в Подєбрадах відіграли значну роль у професійному зростанні В. Старосольського як адвоката. Однак особливості суспільно-політичного життя Галичини під польською окупацією 20-х років ХХ ст. змусили його повернутися до адвокатури спочатку як консультанта, а згодом — і офіційного захисника. Після повернення до Львова (1927 р.) В. Старосольський у 1928 році став членом Варшавської адвокатської палати, у складі якої перебував аж до вересня 1939 року, що дозволило йому брати активну участь у тогочасних судових процесах та входити до органів адвокатського самоврядування.

РЕЗОНАНСНІ СПРАВИ АДВОКАТА В. СТАРОСОЛЬСЬКОГО

Досвід, знання та авторитет В. Старосольського стали соціально затребуваними в Галичині міжвоєнного періоду, де спостерігалася активізація українського націоналістичного руху під проводом УВО, а з 1929 року — новоствореної ОУН. Терористичні методи діяльності націоналістичного підпілля викликали відповідну реакцію з польського боку. Отже, виникла потреба у кваліфікованому захисті молодих українців, які масово виявляли симпатії до інтегрального націоналізму через зневіру в легальних методах боротьби за українську державність.

Безумовно, на рішення захищати членів УВО — ОУН у політичних судових процесах вплинула виразна проукраїнська позиція В. Старосольського. Не сприймаючи ідейно-політичної позиції молодих націоналістів (зокрема, В. Старосольський, який був соціал-демократом, часто опонував Д. Донцову в націоналістичних питаннях), він захищав їх як патріотів української нації. На запитання, чому він як член УСДП, що виступала

проти методів діяльності ОУН, захищає її діячів, В. Старосольський відповідав: «Ці питання (відносин між ОУН і УСДП. — Прим. автора) будемо розв'язувати у власній державі, а тепер вони для мене українці».

Слід відзначити, що в тогочасній Польщі для покарання членів ОУН застосовували 58-й параграф кримінального кодексу — «державна зрада». Цей параграф давав трибуналу широкі можливості при винесенні вироків аж до смертної кари. Адвокати, включаючи В. Старосольського, намагалися довести, що використовувати це положення щодо оунівців є грубою несправедливістю. У багатьох епізодах В. Старосольському таки вдавалося домогтися пом'якшення вироків, а також рятувати своїх підзахисних від смертної кари. У таких випадках він намагався чітко проводити лінію розрізнення політичного осуду від юридичного. В. Старосольський у своїх промовах на суді доводив, що ОУН прагне самостійної України, отже, швидше намагається підбурювати населення проти держави і в такий спосіб порушує політичний спокій усередині держави, за що передбачалося інше покарання.

Серед гучних процесів В. Старосольського була і справа студента М. Лемика якого звинувачували у вбивстві радянського консула А. Майлова на знак протесту проти штучно організованого радянською владою голоду 1932—1933 рр. в Україні. Під час процесу В. Старосольський намагався своїми запитаннями підзахисному допомогти показати правду про політичні репресії та голодомор в УСРР, однак голова трибуналу відхиляв такі «політичні» запитання. На вимогу захисту викликати нових свідків прокурор висловив протест проти такої «демонстрації». У відповідь В. Старосольський влучно відповів, що справа не в «демонстрації», а в доказі психічного стану, в якому перебував підсудний, щоб здійснити такий акт відчаю. У своїй промові В. Старосольський наголошував: *«У мотиві вчинку лежить цілий комплекс душевних переживань обвинуваченого, <...> усе, що в нім наболіло, усе, що в нім накопало, стихійно вклало йому зброю в руки. Тільки формально вчинок був наказом ОУН. А фактично, у глибині своїй цей стріл був вислідом трагедії, яку пережила ціла наша нація»*².

У середині 1930-х років проходили два гучні процеси над членами ОУН, фігурантом яких був Степан Бандера. У червні 1934 року у відповідь на політику «пацифікації» членами ОУН було здійснено резонансне

² Старосольський В. Обов'язок українського адвоката // Записки Наукового товариства ім. Шевченка / [ред. У. Старосольської]. Нью-Йорк — Париж — Сідней — Торонто, 1991. Т. 210. С.330.



вбивство міністра внутрішніх справ Польщі Б. Перацького. Перед судом у Варшаві 18 листопада 1935 року постали 12 українців, серед яких — С. Бандера і М. Лебедь. Організуючи варшавський процес над ОУН, польська влада заздалегідь подбала про те, щоб не допустити на нього В. Старосольського як досвідченого адвоката, що мав авторитет і повагу в правничому науковому світі. Він був викликаний до суду як свідок, що автоматично позбавляло можливість взяти на себе оборону підсудних.

25 травня 1936 року розпочався «Львівський процес», в якому судили запідозрених осіб за приналежність до ОУН і терористичні акти, виконані з її доручення у Львові. В. Старосольський виступав адвокатом В. Янів, Я. Стецька, Д. Федаківни, В. Коцюмбаса та І. Яроша. На відміну від прокурора, який наполягав на закритості процесу, В. Старосольський домогся його відкритості, що, без сумніву, сприяло суспільному резонансу.

У заключній промові В. Старосольський традиційно загострив увагу на політичному підґрунті виникнення та діяльності ОУН у Західній Україні. За допомогою цитат, взятих із польської літератури, творів світових соціологів та філософів, він вказав на високий моральний рівень тих, хто боровся за волю рідного народу, захищав українських націоналістів. Промова В. Старосольського була настільки гострою, що польська цензура не дозволила її публікацію в пресі. Підзахисні В. Старосольського отримали такі покарання: В. Янів, Я. Стецько та І. Ярош — 5 років ув'язнення, а Д. Федаківну було звільнено. Згодом, на підставі амністії, всім засудженим до 5 років покарання термін ув'язнення було зменшено наполовину.

Останній великий процес, в якому В. Старосольський узяв участь, була політична справа у Рівному, що проходила 22—26 травня 1939 року. На лаві підсудних опинилися 23 молоді українці з Волині, Полісся й Галичини, звинувачені в «державній зраді», яку вони вчинили через приналежність до «збройно-революційної підпільної організації ОУН» та через свою діяльність із метою відірвати від Польщі її «землі східні», тобто Західну Україну. Крім В. Старосольського, захист представляли С. Шухевич зі Львова та Н. Підгірський з Ковеля. Внаслідок кваліфікованих дій адвокатів трьох підсудних звільнили, шестеро отримали короткотермінові ув'язнення, решта — від 6 до 13 років тюрми.

Подальша доля В. Старосольського склалась трагічно. Через декілька тижнів після радянської окупації Західної України він був заарештований НКВС. До січня 1941 року перебував в ув'язненні в Лук'янівській в'язниці, а згодом етапований до Сибіру до концтабору в Маріїнську, де помер 25 лютого 1942 року.

АДВОКАТСЬКА ТЕХНІКА В. СТАРОСОЛЬСЬКОГО

Як адвокат-практик В. Старосольський займався захистом підсудних у справах цивільного та кримінального характеру. Серед його підзахисних були люди багатьох національностей — українці, поляки, євреї, а також різних соціальних прошарків. Однак більшість судових процесів була пов'язана з українцями в Другій Речі Посполитій, що становили національну меншину, права якої зневажалися. В умовах відсутності української державності та асиміляторської політики польського уряду адвокатську діяльність В. Старосольського можна розглядати як «елемент служіння нації». Він постійно наголошував на національному поневоленні українського народу під час захисту підсудних, яких звинувачували в «антидержавній діяльності». Увага до правничих проблем, що існували для українського населення різних соціальних прошарків під польською владою, зумовлювалося загальною «включеністю» В. Старосольського в український національний рух. Таке переплетення професійної діяльності з активною участю в національно-визвольній боротьбі було характерне не тільки для В. Старосольського, однак у його особі цей взаємозв'язок простежувався особливо яскраво.

Неабияке значення у зростанні авторитету В. Старосольського як адвоката і громадського діяча відігравали особисті риси. Зокрема, свою роботу він не розглядав виключно крізь призму збагачення, як це робили чимало тогочасних адвокатів. Захищаючи бідних селян, робітників, студентів, В. Старосольський, як звичайно, не брав з них грошей, хоча адвокатська практика була єдиним джерелом прожиття для родини. Колишній канцелярист його адвокатської контори О. Хом'як згадував: «Професор усеціло був заангажований у політичних процесах, яких було надто багато, а за які не було переважно платників. Професор приймав найчастіше таких, за якими не було кому подбати»³.

³ Хом'як О. Пан (за термінологією В. Липинського) // Записки Наукового товариства ім. Шевченка / [ред. У. Старосольської]. Нью-Йорк — Париж — Сідней — Торонто, 1991. Т. 210. С. 382.



В. Старосольський мав власний, характерний для нього стиль ведення процесу. Коли, наприклад, за свідченнями тогочасних студентів та юристів «д-р Л. Ганкевич любив використовувати цитати з польської літератури, С. Шухевич чи М. Глушкевич відзначалися особливою патетикою, д-р В. Старосольський вводив в оборону підсудного елементи філософії і психоаналізу, а також аналіз польського кримінального кодексу на тлі староримського права або кодексу Наполеона», він користувався дуже сильними аргументами та прикладами, вмів влучно висловлюватися; *«не признавав дешевих оборонних способів, так часто вживаних його товаришами. Не ставив сенсаційних внесків, щоб одним махом надати актові оскарження вигляду чистої брехні. Не накидався на свідків прокурора та лави присяжних знанням, яке на голову переростає їхнє»*⁴.

У польській пресі дещо саркастично В. Старосольського називали «*zaklinaczem węzów*» (заклиначем вузів), що, вочевидь, свідчило про переконливу й аргументаційну силу слова українського адвоката.

Промови В. Старосольського на судових процесах були не лише зразком професійності, а й виявом громадянської позиції. Для розуміння мотивів вчинків підсудних він у своїх промовах порушував питання національно-політичного та соціального гноблення українців у Другій Речі Посполитій.

Професійні якості та ораторське мистецтво адвоката В. Старосольського ставало прикладом для наслідування. Як правило, сусідня із залом засідань кімната, до якої був дозволений вхід кожному, хто мав професійний зв'язок із судом, завжди під час судових процесів за участю В. Старосольського заповнювалася майбутніми юристами. Ось як згадує про ці події на той час студентка правничого факультету Клавдія Олесницька: *«Ми товпились у дверях до зали розправ, вистоювали годинами наче на неоцінній лекції, щоб не втратити жодного слова, яке падало з його уст. Бо*

не часто доводилося нам слухати в один раз оборони виголошеної людиною науки, блискучим хористом та бесідником цієї кляси, що не признає дешевих способів вдарили в сентименти, чи кидати пусті та голосні громи».

Про поведінку В. Старосольського ходили легенди серед його знайомих. Однією із засад В. Старосольського було дотримуватися принципу «улетімо», тобто останньої хвилини. Він виходив з того, що, пишучи відповідь на обвинувачення, краще її подати в останню хвилину перед остаточною датою, оскільки тоді опоненти не матимуть достатньо часу на заперечення поставлених зауваг. Характерною рисою ведення справи В. Старосольським було те, що він ніколи не робив політичних в'язнів нещасними жертвами і не принижував їхньої гідності.

Адвокатська практика В. Старосольського відіграла важливу роль у боротьбі за громадянські права українців під польською владою. В основі цієї діяльності можна виділити два аспекти. По-перше, це була подвижницька робота щодо правового захисту, врахування національно-політичних і соціальних інтересів українського населення, допомога при розв'язанні численних процесуальних труднощів. По-друге, акцентування уваги на пріоритетності в суспільстві закону, тобто принципів, на яких ґрунтується сучасна демократія. Адвокатську практику В. Старосольського можна розглядати як спробу створити в Галичині елементи громадянського суспільства, яке намагалося поставити під власний контроль діяльність державного апарату⁵.

Матеріал підготували Юрій Древницький, к. іст. н., доцент Тернопільського національного педагогічного університету ім. В. Гнатюка, та Ірина Василик, к. іст. н., доцент, керівник Центру досліджень адвокатури і права, проректор Вищої школи адвокатури при НААУ

⁴ Олесницька К. Та вічна буде пам'ять про Тебе. У безконечній черзі // Записки Наукового товариства ім. Шевченка / [ред. У. Старосольської]. Нью-Йорк — Париж — Сідней — Торонто, 1991. Т. 210. С. 396.

⁵ Використана література: Андрухів І. О., Арсенич П. І. Українські правники в національному відродженні Галичини: 1848—1939 рр. Івано-Франківськ, 1996. — 80 с.; Гловацький І. Ю. Українські адвокати у політичних судових процесах у Східній Галичині (1921—1939 рр.). Львів: Тріада Плюс, 2003. 348 с.; Древницький Ю. Володимир Старосольський: громадсько-політична та наукова діяльність (1878—1942). Тернопіль: Вид-во ТНПУ ім. В. Гнатюка, 2012. 304 с.; Записки Наукового товариства ім. Шевченка / [ред. У. Старосольської]. Нью-Йорк — Париж — Сідней — Торонто, 1991. Т. 210. 411 с.