ВІСНИК

№ 10(17)
жовтень

Національної асоціації адвокатів України

2015

тема

Нові форми захисту та допомоги адвокатам — рішення РАУ с. 3

Переворот системи: незалежний погляд на систему надання БПД в Україні с. 14

Моніторинг бюджетних витрат діючого формату БПД с. 17

Система БПД потребує негайних реформ с. 19

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Ізовітова Л. П.
Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Гвоздій 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

Бєляєв О. А.
Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

Грабовський Ю. Л.
Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

Дмитрієва О. Л.
Голова Вищої ревізійної комісії адвокатури

Офіційний бюлетень Національної асоціації адвокатів України
Реєстраційне свідоцтво серія КВ № 20370-10170 Р від 19.11.13 р.

Засновник
Національна асоціація адвокатів України

Юридична та фактична адреса засновника:
04071, м. Київ, вул. Ярославська, 6, поверх 5

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

ЗМІСТ

РІШЕННЯ ОРГАНІВ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Огляд рішень РАУ від 25 вересня 2015 року 3

Рішення РАУ від 4 липня 2015 року № 7 «Про затвердження роз'яснення щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта» 6

Рішення РАУ від 4 липня 2015 року № 71 «Про внесення змін до рішення Ради адвокатів України № 63 від 4 — 5 липня 2014 року» («Про затвердження роз'яснення щодо зарахування до стажу роботи в галузі права роботу за сумісництвом на посадах, які потребують наявної повної вищої юридичної освіти») 8

АДВОКАТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ

Результати засідань ВКДКА за серпень — вересень 2015 року 11

Запитання-відповідь
Чи може адвокатське бюро (адвокатське об'єднання) бути платником єдиного податку третьої групи? 13

БЕЗОПЛАТНА ПРАВОВА ДОПОМОГА

С. Волков
Переворот системи: гуманна система надання безоплатної правової допомоги громадянам перевернута в Україні догори дригом 14

Інформація, одержана НААУ за наслідками аналізу даних про витрачання бюджетних коштів на безоплатну правову допомогу 17

В. Гвоздій
«Система БПД потребує негайних реформ» 19

Адвокати виступають проти одержавлення адвокатури 20

Діючий формат надання БПД створює умови для порушення прав людини в Україні 21

ЦІКАВА ТЕМА

А. Сербіна
Деякі питання діяльності Національної поліції 22

А. Іванов
Поліція нова, а проблеми старі 26

В. Козіна
Закон про електронну комерцію: перше знайомство 32

КРИМІНАЛЬНІ СПРАВИ

О. Веселов
ВССУ дав «добро» на свавілля 37

ЦИВІЛЬНІ СПРАВИ

І. Домбровська
Захист прав замовника та забудовника будівництва при взаємовідносинах із спеціально уповноваженим органом з питань видачі містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки (відмова у видачі та скасування містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки) . . . 42

АДМІНІСТРАТИВНІ СПРАВИ

О. Соловйова
Свідок у справах про адміністративні правопорушення: питання правового статусу 48

СУДОВА ПРАКТИКА

Огляд судової практики Верховного Суду України 52

МАЙСТЕР-КЛАС

О. Зімовін
Як уникнути конфлікту 60

ЗРАЗКИ ДОКУМЕНТІВ

Заперечення на клопотання прокурора про долучення доказів 63

Зауваження на журнал судового засідання 63

Клопотання про закритий судовий розгляд 64

Клопотання про здійснення кримінального провадження судом присяжних 64

Головний редактор
Ізовітова Л. П.

Шеф-редактор
Козіна В. В.

Редактор-аналітик
Ковтун М. С.

Загальний дизайн
Корчемака К. М.

Відповідальний випускаючий
Кавторєва Я. В.

Реєстраційне свідоцтво:
серія КВ № 20370-10170Р

Видавець
ТОВ «Видавничий будинок «Фактор»

Редакція:
вул. Сумська, 106а,
м. Харків, 61002, Україна
тел.: (057) 76-500-76
e-mail: v.kozina@id.factor.ua
www.i.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
7603

Загальний тираж видання
4300 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу
раз на місяць

Дата виходу
19.10.2015 р.

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор», 2015.

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.

ОГЛЯД РІШЕНЬ РАУ
ВІД 25 ВЕРЕСНЯ 2015 РОКУ

Підготовлено секретаріатом
Національної асоціації адвокатів України

Статтею 43 Закону України від 05.07.12 р. № 5076-VI «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» закріплений принцип обов'язковості для виконання адвокатами рішень органів адвокатського самоврядування. Цей принцип деталізовано у ст. 57 Закону, згідно з якою рішення з'їзду адвокатів України та Ради адвокатів України[1] є обов'язковими до виконання всіма адвокатами. У цьому номері ми продовжуємо огляд рішень РАУ[2], щоб вам, шановні колеги, їх було зручніше вивчати та використовувати у своїй діяльності.

№	Прийняті рішення	Короткий зміст прийнятих рішень
1	**Рішення** «Про затвердження роз'яснення щодо деяких питань участі адвокатів у конференції адвокатів регіону»	Роз'ясненням, серед іншого, встановлено, що адвокати, яких обрано до органів адвокатського самоврядування, зобов'язані неухильно виконувати свої повноваження згідно із законодавством, брати участь у роботі органів адвокатського самоврядування, до яких їх обрано, дотримуватись вимог закону та актів НААУ, не допускати дій чи бездіяльності, що завдають шкоди адвокатурі в цілому або блокують роботу окремих органів адвокатського самоврядування. Неприйняття без поважної причини делегатом участі у роботі конференції та/або дострокове припинення участі у роботі конференції є щонайменше невиконанням обов'язків адвоката, визначених статтею 62 Правил адвокатської етики, а саме: обов'язку брати участь у роботі органів адвокатського самоврядування, до якого його обрано, та обов'язку не допускати дій чи бездіяльності, що блокують роботу окремих органів адвокатського самоврядування. Форми реагування делегата на порушення вимог закону під час проведення конференції повинні відповідати нормам чинного законодавства та Правилам адвокатської етики, бути адекватними характеру наявного порушення закону та за жодних обставин не повинні перешкоджати нормальній правомірній роботі конференції. Вибір форм реагування делегатом конференції на виявлені порушення у її проведенні повинен ґрунтуватись на засадах законності, добросовісності, об'єктивності та відповідати завданням адвокатського самоврядування. Вирішення питання про наявність чи відсутність права адвоката не брати участі у конференції адвокатів та обв'язку адвоката бути присутнім до завершення проведення конференції адвокатів у разі, якщо на його думку конференція проводиться з порушенням закону, повинно вирішуватись з урахуванням норм чинного законодавства, Правил адвокатської етики, рішень вищих органів адвокатського самоврядування та цього роз'яснення у кожному випадку окремо та залежно від причин, характеру, проявів, наслідків (чи їх ризиків) тощо, допущених порушень при проведенні конференції

[1] Далі за текстом — РАУ.

[2] З повним текстом Рішень РАУ можна ознайомитися на офіційному веб-сайті НААУ у рубриці «Акти НААУ» за наступним посиланням: http://unba.org.ua/akts-naau

№	Прийняті рішення	Короткий зміст прийнятих рішень
2	**Рішення** «Про створення при Національній асоціації адвокатів України Комітету експертного забезпечення адвокатської діяльності»	Створено при Національній асоціації адвокатів України Комітет експертного забезпечення адвокатської діяльності. Затверджено Положення про Комітет. Комітет надаватиме інформаційно-методологічну допомогу адвокатам з метою використання ними у всіх видах адвокатської діяльності експертного забезпечення, зокрема, і підготовка та надання рекомендацій (практичної допомоги) адвокатам при призначенні судових експертиз та експертних досліджень з метою захисту прав та інтересів громадян, юридичних осіб та держави тощо
3	**Рішення** «Про затвердження роз'яснення з питань стажу роботи в галузі права для набуття особою права на заняття адвокатською діяльністю»	Роз'ясненням встановлено, що відповідно до положень Закону України «Про вищу освіту» від 17.01.2002 року № 2984-III та положень Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 року № 1556-VII освітньо-кваліфікаційний рівень «бакалавр» за спеціальністю «правознавство» не може бути прирівняний до освітнього рівня «повна вища юридична освіта». Крім цього, особа з освітньо-кваліфікаційним рівнем «бакалавр» за спеціальністю «правознавство» не може бути адвокатом. Також для здобуття права на заняття адвокатською діяльністю в Україні слід враховувати стаж роботи в галузі права після здобуття претендентом повної вищої юридичної освіти (вищої освіти за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста, магістра та/або після отримання диплома спеціаліста, магістра
4	**Рішення** «Про створення робочої групи з питань дослідження фінансових витрат на забезпечення діяльності кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури регіонів»	Створено робочу групу з питань дослідження фінансових витрат на забезпечення діяльності кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури, до складу якої увійдуть представники Ради адвокатів України, Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та голови регіональних органів адвокатського самоврядування (за наявності згоди)
5	**Рішення** «Про сплату щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування адвокатами окремих категорій (інваліди I та II груп, афганці, адвокати, мобілізовані для проходження військової служби та які у зв'язку із проведенням АТО були вимушені покинути місце свого постійного проживання)»	Продовжено на 2015 рік надане рішенням Ради адвокатів України від 4 — 5 липня 2014 року № 84 право радам адвокатів регіонів за заявами адвокатів (мобілізованих для проходження військової служби та які у зв'язку із проведенням АТО були вимушені покинути місце свого постійного проживання) звільняти їх від сплати щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування. Продовжено дію рішення Ради адвокатів України від 24 жовтня 2014 року № 140 та відтерміновано строк сплати адвокатами Донецької та Луганської областей щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування за 2015 рік. Надано право радам адвокатів регіонів за заявами адвокатів — інвалідів I та II груп, афганців звільняти їх від сплати щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування (за наявності підтверджуючих документів)
6	**Рішення** «Про затвердження у новій редакції Положення про помічника адвоката»	Розширено права помічника адвоката. *Зокрема, помічник адвоката (адвокатського бюро, об'єднання), за умови надання письмової згоди клієнтом адвоката (адвокатського бюро, об'єднання), має право: у нескладних справах за дорученням адвоката знайомитися з матеріалами справи, робити виписки та копії; за дорученням адвоката, якщо таке передбачено в договорі із клієнтом, подавати документи (заяви, клопотання, позови, пояснення тощо), виготовлені адвокатом, за підписом і зазначенням процесуального статусу адвоката,*

№	Прийняті рішення	Короткий зміст прийнятих рішень
		в підрозділи правоохоронних та судових органів, до компетенції яких віднесено реєстрацію таких документів, за виключенням випадків подання процесуальних документів в самому процесі слідчої, процесуальної дії або судовому засіданні. Доповнено, що адвокат (адвокатське об'єднання/адвокатське бюро) направляє повідомлення до територіальних органів Державної фіскальної служби (за місцем обліку як платника єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування) про прийняття помічника адвоката на роботу за формою, *встановленою Кабінетом Міністрів України, до початку роботи за укладеним трудовим договором одним із визначених способів.* Виключено норму, відповідно до якої втрата помічником адвоката посвідчення вважалася порушенням трудової дисципліни, за яке адвокатом застосовувалося дисциплінарне стягнення у вигляді попередження. Норми Положення приведено у відповідність з прийнятими змінами до трудового законодавства України. Норми Положення приведено у відповідність із спеціальним законодавством та удосконалено їх текстуальне викладення
7	**Рішення** «Про затвердження у новій редакції Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю»	Деталізовано та конкретизовано повноваження ради адвокатів регіону по організації стажування та видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. Доповнено вимоги до біографічної довідки адвоката, яка додається ним до заяви про включення до реєстру керівників стажування. Конкретизовано вимоги, що має містити заява про направлення на стажування та додатки до неї. Розділ 7 «Керівник стажування» доповнено: положеннями про те, хто не може бути керівником стажування; повноваженнями адвоката-керівника стажування для забезпечення своєчасного та якісного проходження стажування особою, яка виявила намір стажуватися та направлена на стажування; підставами та порядком відкріплення адвоката від керівництва стажуванням конкретного стажиста; підставами та порядком відсторонення адвоката від керівництва стажуванням. Викладено у якісно новій редакції та удосконалено розділи 8 «Зупинення стажування», 9 «Припинення стажування», 10 «Звіти про стажування» та 11 «Оцінювання результатів стажування». У розділі 12 доповнено та конкретизовано, що до стажу роботи помічником адвоката, який дає право на звільнення від проходження стажування, враховується стаж роботи помічником адвоката, якщо помічник працював на умовах повного робочого тижня, а роботодавцем за таку особу до Державного бюджету України сплачувався єдиний соціальний внесок у встановленому законом порядку та розмірі. Робота особи на посаді помічника адвоката за сумісництвом та на умовах цивільно-правових договорів не зараховується як стаж роботи помічника адвоката, необхідний для звільнення від проходження стажування. Від проходження стажування звільняються також особи, які звернулися із заявою про допуск до складання кваліфікаційного іспиту до 16.02.2013 року включно за умови успішного складання ними кваліфікаційного іспиту. Конкретизовано документи, які подаються із заявою про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю без проходження стажування. Модернізовано існуючі додатки та доповнено Положення новими додатками. Норми Положення приведено у відповідність із спеціальним законодавством та удосконалено їх текстуальне викладення

НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ
РАДА АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ № 7

Про затвердження роз'яснення щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта

«04» липня 2015 року **м. Київ**

Рада адвокатів України, керуючись статтями 28, 55 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», статтею 9 Правил адвокатської етики, Положенням про Раду адвокатів України, вирішила:

1. Затвердити роз'яснення щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта, що додається.

2. Додатково роз'яснити, що визнання чи невизнання наявності або відсутності конфлікту інтересів в конкретній ситуації не відноситься до компетенції Ради адвокатів України в контексті повноважень, встановлених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Положенням про Раду адвокатів України, затвердженим Установчим з'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 року (з наступними змінами).

3. Секретарю Ради адвокатів України про прийняте рішення повідомити ради адвокатів регіонів та кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури (Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя), а також оприлюднити його на офіційному веб-сайті Національної асоціації адвокатів України.

Голова Ради адвокатів України **Л. П. Ізовітова**

Секретар Ради адвокатів України **П. М. Гречківський**

Додаток № 1
до рішення Ради адвокатів України
від «04» липня 2015 року № 7

Щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта

Рада адвокатів України, розглянувши звернення адвоката Буришина В. В. про роз'яснення наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення ним захисту Рудейчука Володимира Васильовича, в межах встановлених повноважень надає наступні роз'яснення.

Питання конфлікту інтересів як загальної правової категорії знаходиться у сфері правового регулювання Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі — Закон) та Правил адвокатської етики, затверджених Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 року (далі — Правила).

Згідно з частиною першою статті 28 Закону адвокату, адвокатському бюро або адвокатському об'єднанню забороняється укладати договір про надання правової допомоги у разі конфлікту інтересів.

Відповідно до статті 1 Закону та статті 9 Правил під конфліктом інтересів слід розуміти суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками перед клієнтом, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи не вчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності.

Під категорією «конфлікт інтересів» варто розуміти дії, визначені частинами 2 — 4 статті 9 Правил, серед яких: представлення або захист адвокатом одночасно двох або більше клієнтів, інтереси яких є взаємно суперечливими або вірогідно можуть стати суперечливими, а також за таких обставин надавати їм правову допомогу без письмового погодження з клієнтами, щодо яких виник конфлікт інтересів; представлення, захист клієнта або надання йому правової допомоги без письмової згоди клієнтів, якщо до цього він надавав правову допомогу, здійснював захист або представництво іншого клієнта, від якого він отримав конфіденційну інформацію, дотичну до інтересів нового клієнта; представлення, захист клієнта чи надання йому правової допомоги, якщо інтереси клієнта суперечать власним інтересам адвоката.

Разом з тим відповідно до частини четвертої статті 40 Правил адвокат не може приймати доручення від клієнта, якщо суть доручення зводиться до необхідності вчинення дій в інтересах такого клієнта, спрямованих на захист його прав, які перебувають в конфлікті інтересів з юридичною особою, в якій адвокат раніше працював або надавав правову допомогу, в результаті чого володіє інформацією, яка може бути використана проти такої особи.

Однак сам факт надання адвокатом правової допомоги юридичній особі не зумовлює конфлікту інтересів з інтересами клієнта, оскільки аналіз частини четвертої статті 40 Правил свідчить про те, що такий конфлікт інтересів виникає лише за умови, якщо адвокат надавав правову допомогу певній юридичній особі та мав доступ та/або отримав інформацію, яка може бути використана проти такої особи.

Таким чином, обов'язок адвоката відмовитись від доручення клієнта за описаних обставин не є безумовним обов'язком, а виникає лише за умови володіння адвокатом інформацією, яка отримана ним в результаті надання правової допомоги юридичній особі та може бути використана проти такої особи.

НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ
РАДА АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ № 71

Про внесення змін до рішення Ради адвокатів України № 63 від 4 — 5 липня 2014 року

«04» липня 2015 року **м. Київ**

Рада адвокатів України, розглянувши заяву та пропозицію Концевого Р. С. про уточнення рішення Ради адвокатів України № 63 від 4 — 5 липня 2015 року «Про затвердження роз'яснення щодо зарахування до стажу роботи в галузі права роботу за сумісництвом на посадах, які потребують наявної повної вищої юридичної освіти», врахувавши пропозиції та зауваження членів Ради адвокатів України, керуючись статтею 55 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Розділом II Положення про Раду адвокатів України, Рада адвокатів **вирішила:**

1. Внести зміни до рішення Ради адвокатів України № 63 від 4 — 5 липня 2015 року «Про затвердження роз'яснення щодо зарахування до стажу роботи в галузі права роботу за сумісництвом на посадах, які потребують наявної повної вищої юридичної освіти», виклавши його у новій редакції, що додається.

2. Секретарю Ради адвокатів України про прийняте рішення повідомити адвокатів шляхом розміщення нової редакції рішення на офіційному веб-сайті Національної асоціації адвокатів України та заявника.

Голова Ради адвокатів України **Л. П. Ізовітова**

Секретар Ради адвокатів України **П. М. Гречківський**

Додаток № 1
до рішення Ради адвокатів України
від «4» липня 2014 року № 71

Про затвердження роз'яснення щодо зарахування до стажу роботи в галузі права роботу за сумісництвом на посадах, які потребують наявної повної вищої юридичної освіти

Рада адвокатів України, розглянувши звернення Жарика Є. А. та Дінісляма Д. С. про надання офіційного роз'яснення щодо зарахування роботи до стажу в галузі права за сумісництвом на посадах, які потребують наявної повної вищої юридичної освіти, врахувавши окремі думки членів Ради адвокатів України, керуючись Положенням про Раду адвокатів України, надає наступне роз'яснення.

Відповідно до частини 1 статті 16 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі — Закон) адвокат може мати помічників з числа осіб, які мають повну вищу юридичну освіту. Помічники адвоката працюють на підставі трудового договору (контракту), укладеного з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, з додержанням вимог цього Закону і законодавства про працю.

Рішенням Ради адвокатів України від 01 червня 2013 року № 123 (з наступними змінами і доповненнями) затверджено Положення про помічника адвоката (далі — Положення), яке визначає єдині засади організації, правовий статус та умови діяльності особи, яка займає посаду помічника адвоката та регламентує умови і порядок використання адвокатами при здійсненні своєї професійної діяльності праці помічників.

У відповідності до підпункту 1.1 пункту 1 Положення помічник адвоката — фізична особа, яка здійснює діяльність на підставі та в порядку, що передбачені Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Кодексом законів про працю України та цим Положенням.

Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовує програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб (частини 1, 2 статті 43 Конституції України).

Чинне законодавство України про працю передбачає можливість реалізації права особи на працю, в тому числі на умовах сумісництва.

Згідно зі статтею 102-1 Кодексу законів про працю України, статтею 19 Закону України «Про оплату праці» працівники, які працюють за сумісництвом, одержують заробітну плату за фактично виконану роботу.

Таким чином, особа має право працювати помічником адвоката шляхом укладення трудового договору (контракту) на умовах роботи за сумісництвом, тобто виконання працівником, крім своєї основної роботи, також регулярної оплачуваної роботи в якості помічника адвоката на умовах трудового договору (контракту) у вільний від основної роботи час за умови повного і ефективного виконання ним функціональних обов'язків на посаді помічника адвоката.

Для внесення даних про помічника адвоката до Єдиного реєстру адвокатів України та видачі посвідчення помічника адвоката обов'язково вчиняється запис до трудової книжки працівника про прийняття його на роботу в якості помічника адвоката за сумісництвом. Запис у трудову книжку відомостей про роботу за сумісництвом провадиться власником або уповноваженим ним органом за місцем основної роботи. На осіб, які працюють за сумісництвом, трудові книжки ведуться тільки за місцем основної роботи.

Оплата праці помічника адвоката, який працює за сумісництвом, здійснюється за фактично виконану роботу. При встановленні сумісникам з погодинною оплатою праці нормованих завдань оплата провадиться за кінцевими результатами за фактично виконаний обсяг робіт. Інший режим оплати праці помічника адвоката, який працює за сумісництвом, може встановлюватися за домовленістю працівника і роботодавця відповідно до чинного законодавства.

Відпустка на роботі за сумісництвом надається одночасно з відпусткою за основним місцем роботи. Оплата відпустки чи виплата компенсації за невикористану відпустку провадиться сумісникам відповідно до чинного законодавства.

Звільнення помічника адвоката з роботи за сумісництвом провадиться з підстав, передбачених законодавством, а також у випадку недотримання вимог повного і ефективного виконання ним функціональних обов'язків на посаді помічника адвоката та у разі прийняття працівника, який не є сумісником, без виплати вихідної допомоги.

Помічнику адвоката забороняється суміщати роботу в адвоката з діяльністю, не сумісною з діяльністю адвоката: роботою на посадах осіб, зазначених у пункті 1 частини 1 статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», військовою або альтернативною (невійськовою) службою, нотаріальною діяльністю, судово-експертною діяльністю (частина 1 статті 16, стаття 7 Закону).

Законом до обов'язкових умов для набуття статусу адвоката віднесено стаж роботи в галузі права (стаття 6 Закону).

Відповідно до рішення Ради адвокатів України № 265 від 17 грудня 2013 року «Про врахування стажу роботи помічника адвоката, який працює неповний робочий тиждень» для застосування пільги (звільнення від проходження стажування осіб, які мають стаж роботи помічником адвоката протягом одного року) особам, які успішно склали кваліфікаційний іспит і мають намір отримати свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, враховується стаж роботи помічником адвоката, який працював повний робочий тиждень протягом строку працевлаштування на посаді помічника адвоката, а роботодавцем сплачувався Єдиний соціальний внесок за такого помічника адвоката до державного бюджету України у встановленому законом порядку та розмірі.

Тобто до стажу роботи в галузі права, необхідного для набуття права на заняття адвокатською діяльністю, та до стажу роботи помічником адвоката, що дає право на звільнення від проходження стажування, не зараховується час роботи особи на посаді помічника адвоката за сумісництвом, якщо така особа працювала не на умовах повного робочого тижня, а роботодавцем за такого помічника адвоката до державного бюджету України не сплачувався Єдиний соціальний внесок у встановленому законом порядку та розмірі.

Згідно з роз'ясненням Ради адвокатів України стосовно роботи помічника адвоката за трудовим договором (контрактом) з адвокатом як самозайнятою особою, затвердженим рішенням Ради адвокатів України № 226 від 27 вересня 2013 року, однією з основних вимог роботи помічником адвоката є трудовий договір (контракт), укладений з адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням), який є підставою набуття помічником адвоката стажу роботи в галузі права, необхідного для отримання права на здійснення адвокатської діяльності.

З огляду на викладене, Рада адвокатів України вважає, що час роботи особи на посаді помічника адвоката за сумісництвом та на умовах цивільно-правових договорів не зараховується до стажу роботи в галузі права, необхідного для набуття права на заняття адвокатською діяльністю.

РЕЗУЛЬТАТИ ЗАСІДАНЬ ВКДКА
ЗА СЕРПЕНЬ – ВЕРЕСЕНЬ 2015 РОКУ

У цьому номері ми продовжуємо огляд діяльності Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури[1] та наводимо результати засідань комісії за серпень — вересень 2015 року.

За результатами засідання ВКДКА, що відбулося 20 — 21 серпня 2015 року, було обрано нового секретаря ВКДКА, а саме Петренка Володимира Миколайовича, представника Черкаської області.

Впродовж засідання членами ВКДКА було розглянуто 27 скарг на рішення, дії та бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури[2] регіонів, з яких 21 скаргу розглянуто по суті, а розгляд 6 скарг відкладено відповідно до вимог діючого законодавства. При цьому по 17 скаргах на засідання ВКДКА з'явилися сторони та їх представники.

Так, за скаргою адвоката Ш. на рішення Дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури[3] Одеської області про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності та застосування дисциплінарного стягнення у вигляді попередження скаргу адвоката було задоволено, а рішення ДП КДКА Одеської області — скасовано. ВКДКА встановлено відсутність підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, оскільки дії адвоката щодо направлення скарги на суддю до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України разом із ненаданням суду ордера, а також подання клопотання про відвід судді не можуть бути дисциплінарним проступком адвоката.

За іншою скаргою скаржник А. оскаржив рішення ДП КДКА Київської області про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності та застосування дисциплінарного стягнення у вигляді попередження з підстав невмотивованості, необґрунтованості в частині застосованого виду дисциплінарного стягнення. ВКДКА у прийнятому рішенні зазначила, що КДКА Київської області правильно дійшла висновку про наявність у діях адвоката складу дисциплінарного проступку, а відповідно, і обґрунтовано застосувала дисциплінарне стягнення у вигляді попередження.

ВКДКА встановлено, що така позиція відповідає вимогам, передбаченим статтями 33 і 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», щодо можливості притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з підстав, передбачених цим Законом. ВКДКА у своєму рішенні зауважила, що шкода інтересам скаржниці з боку адвоката носить лише ймовірний характер, застосування дисциплінарного стягнення у вигляді попередження є достатнім і необхідним засобом впливу. В результаті скаргу залишено без задоволення, а рішення — без змін.

Слід відмітити, що у деяких скаргах, поданих скаржниками до ВКДКА, стверджується про необґрунтованість рішень ДП КДКА регіонів, однак не здійснюється конкретизація, в чому саме такі рішення є необґрунтованими. Скаржники, як правило, здійснюють опис тих самих подій та фактів, які були висвітлені в первинній скарзі, поданій до КДКА регіону, та просять притягнути адвоката до відповідальності. В силу вимог статті 52 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія

[1] Далі за текстом — ВКДКА.

[2] Далі за текстом — КДКА.

[3] Далі за текстом — ДП КДКА.

адвокатури є колегіальним органом, завданням якого є розгляд саме скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури. А тому, як правило, такі скарги скаржників залишаються без задоволення, а рішення КДКА — без змін.

У свою чергу, за результатами засідання 25 вересня 2015 року ВКДКА було розглянуто 38 скарг на рішення, дії та бездіяльність КДКА регіонів, з яких 33 скарги розглянуто по суті, щодо 2 скарг ухвалені протокольні рішення про зняття їх з порядку денного засідання комісії, а розгляд 3 скарг відкладено. При цьому за 2 скаргами на засідання ВКДКА з'явилися сторони.

За скаргою Р. на рішення ДП КДКА м. Києва про відмову в порушенні дисциплінарної справи відносно адвоката у зв'язку із відсутністю в діях останнього ознак дисциплінарного порушення було прийнято рішення ВКДКА про задоволення скарги частково, скасування рішення ДП КДКА та направлення матеріалів справи до нового розгляду на стадію проведення перевірки відомостей про дисциплінарний проступок адвоката. Підставою для прийняття такого рішення ВКДКА стало те, що ДП КДКА не звернула уваги та належним чином не перевірила всі доводи скаржника та адвоката, що призвело до неповного з'ясування обставин, які мають значення для справи.

За іншою скаргою на рішення ДП КДКА Луганської області про відмову в порушенні дисциплінарної справи відносно адвоката Б. скаржник Л. просив ВКДКА провести перевірку його скарги, оскільки він вважає, що ДП КДКА Луганської області провело перевірку його скарги поверхнево. За твердженнями скаржника, адвокат здійснював незаконні дії стосовно нього, а саме неодноразово направляв в різні контролюючі інстанції необґрунтовані скарги на начебто неправомірні дії керівництва юридичної особи. За результатами розгляду встановлено, що адвокат, подавши адвокатський запит, діяв в рамках Закону та скористався наданими йому правами. Проаналізувавши зібрані по справі докази, керуючись статтею 39 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», дисциплінарна палата дійшла правильного висновку про відсутність в діях адвоката ознак дисциплінарного проступку. При цьому скаржником порушені строки оскарження вищезазначеного рішення, у зв'язку із чим скаргу залишено без задоволення, а рішення — без змін.

Так, у разі коли особами, що подають скарги на рішення КДКА, пропущені строки оскарження, ВКДКА має право поновити зазначені строки, однак при цьому скаржник повинен обґрунтувати поважність їх пропуску. Досить частими є випадки, коли скаржники упускають даний нюанс, що в результаті має наслідком відмову у задоволенні скарги.

Разом з цим за результатами засідання комісії 9 скарг на адвокатів, обраних до органів адвокатського самоврядування, а також питання щодо порядку розгляду скарг на адвокатів, яких обрано до органів адвокатського самоврядування, знято з порядку денного засідання як такі, що не підлягають розгляду ВКДКА. Дані скарги повернуто Голові ВКДКА для прийняття рішення відповідно до чинного законодавства.

Також на засіданні ВКДКА затверджено новий склад робочої групи з узагальнення дисциплінарної практики КДКА. До робочої групи увійшли наступні члени ВКДКА: Ноцький О. В., Мягкий А. В., Волчо В. В., Дроботущенко Т. О., Піх І. Б., Подольна Т. А., Пшеничний О. Л., а також Голова ВКДКА — Дроздов О. М. та його заступники — Бєляєв О. А. і Грабовський Ю. Л.

Чи може адвокатське бюро (адвокатське об'єднання) бути платником єдиного податку третьої групи?

Харківська обл.

Відповідь:

Адвокатська діяльність регулюється Законом України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»[1].

Відповідно до ч. 1 ст. 14 Закону № 5076 адвокатське бюро є юридичною особою, створеною одним адвокатом, і діє на підставі статуту.

Згідно з ч. 1 ст. 15 вказаного Закону адвокатське об'єднання є юридичною особою, створеною шляхом об'єднання двох або більше адвокатів (учасників), і діє на підставі статуту.

Державна реєстрація адвокатського бюро або адвокатського об'єднання здійснюється у порядку, встановленому Законом України від 15.05.03 р. № 755 «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців», з урахуванням особливостей, передбачених Законом № 5076 (ч. 2 ст. 14, ч. 2 ст. 15 вказаного Закону).

Роз'яснення щодо оподаткування вказаної категорії платників податків було надано 04.09.15 р. Державною фіскальною службою України[2] та розміщено на загальнодоступному інформаційно-довідковому ресурсі «ЗІР».

Так, відзначено, що п. 291.3 ст. 291 Податкового кодексу України[3] передбачено, що юридична особа може самостійно обрати спрощену систему оподаткування, якщо така особа відповідає вимогам, установленим гл. 1 «Спрощена система оподаткування, обліку та звітності» розд. XIV цього Кодексу, та реєструється платником єдиного податку в порядку, визначеному цією главою.

Згідно з п.п. 298.1.4 п. 298.1 ст. 298 ПК суб'єкт господарювання, який є платником інших податків і зборів відповідно до норм цього Кодексу, може прийняти рішення про перехід на спрощену систему оподаткування шляхом подання заяви до контролюючого органу не пізніше ніж за 15 календарних днів до початку наступного календарного кварталу. Такий суб'єкт господарювання може здійснити перехід на спрощену систему оподаткування один раз протягом календарного року.

Перехід на спрощену систему оподаткування суб'єкта господарювання, зазначеного в абз. 1 п.п. 298.1.4 п. 298.1 ст. 298 ПК, може бути здійснений за умови, якщо протягом календарного року, що передує періоду переходу на спрощену систему оподаткування, суб'єктом господарювання дотримано вимоги, встановлені в п. 291.4 ст. 291 цього Кодексу.

Відповідно до п. 291.4 ст. 291 ПК суб'єкти господарювання, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, поділяються на окремі групи платників єдиного податку.

До третьої групи платників єдиного податку, зокрема, належать юридичні особи — суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми, у яких протягом календарного року обсяг доходу не перевищує 20000000 грн.

Нормами п. 291.5 ст. 291 ПК визначено види діяльності, що не дають права суб'єктам господарювання бути платниками єдиного податку першої — третьої груп. На юридичну особу — адвокатське бюро чи об'єднання норми п. 291.5 ст. 291 цього Кодексу не поширюються.

Враховуючи вищенаведене, ДФС роз'яснює, що адвокатське бюро чи об'єднання як юридична особа може обрати або перейти на спрощену систему оподаткування зі сплатою єдиного податку за умови відповідності вимогам, встановленим гл. 1 «Спрощена система оподаткування, обліку та звітності» розд. XIV ПК.

Марина Ковтун, редактор, адвокат, к. ю. н.

[1] Далі за текстом — Закон № 5076.

[2] Далі за текстом — ДФС.

[3] Далі за текстом — ПК.

ПЕРЕВОРОТ СИСТЕМИ:
ГУМАННА СИСТЕМА НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ ГРОМАДЯНАМ ПЕРЕВЕРНУТА В УКРАЇНІ ДОГОРИ ДРИГОМ

Сергій Волков,
незалежний журналіст, м. Київ

Десятки мільйонів гривень платників податків, зібрані в державний бюджет і спрямовані на надання громадянам України безоплатної правової допомоги[1], насправді використовуються на потреби чиновників Координаційного центру[2] з надання правової допомоги. Адвокат в нині діючій системі БПД фактично змушений іти в найми до чиновника і виконувати його настанови, навіть якщо ті суперечать інтересам клієнта. Про таке відверте знущання запровадженої за часів Януковича системи БПД над обов'язком цивілізованої держави забезпечувати своїх незаможних громадян юридичним захистом засвідчив громадський моніторинг, який провела Національна Асоціація Адвокатів України.

ЗАХИСТ ГАРАНТОВАНО?

До чого сьогодні призводять на перший погляд благі наміри безоплатного тотального захисту усіх, хто перебуває під кримінальним провадженням, за такого перевороту системи в країні? До найгіршого — страждання часто безневинних людей. І це, на жаль, підтверджується конкретними прикладами. Зокрема Ганна Колесник, голова Комітету НААУ із захисту прав людини, має їх достатньо:

«Якість безоплатної правової допомоги у тому форматі, який сьогодні пропонує Координаційний центр з надання правової допомоги при Міністерстві юстиції, шкодить людям, а не допомагає. Замість реальної допомоги населенню посадовці Центру виконують державне замовлення та виступають на боці тотальної системи контролю. Так вважає ув'язнений Полтавської виправної колонії № 64 (умовне ім'я — Олег), який на собі відчув жорстокість та бездіяльність системи.

За його свідченнями, Олег більше двох місяців через Координаційний центр намагався отримати законного адвоката для свого захисту, проте лише завдяки клопотанню НААУ ув'язнений отримав адвоката та професійний правовий захист».

І це при тому, що право на захист кожному громадянину гарантовано Конституцією, а держава витрачає на організацію системи захисту значні кошти. Громадська організація НААУ проводить

[1] Далі за текстом — БПД.

[2] Далі за текстом — КЦ.

моніторинг ефективності діяльності Координаційного центру з правової безоплатної допомоги. Зібрана інформація свідчить про те, що діюча система БПД веде до знищення незалежної адвокатури, підсилює існуючу державну централізовану систему контролю над громадянами та створює умови для зловживань з боку держави. Та про все по порядку.

МІЛЬЙОНИ НА РЕМОНТ

На сайті КЦ автору довелося «розкопати» цифру, яка пройшла повз громадський моніторинг. Цього року на забезпечення роботи системи безоплатної правової допомоги виділили майже 270 млн грн. Тобто чиновники отримали доступ до ресурсу в понад чверть мільярда гривень. Наскільки ощадливо вони витрачають ці досить великі гроші, які держава зібрала з платників податків в умовах фактичної війни?

«До 2012 року систему БПД координувала сама адвокатура. Держава через Мін'юст оплачувала адвокатам послуги. І адміністрування такої допомоги їй нічого не коштувало. У поточному році КЦ витрачено тільки на державні закупівлі понад 57 млн грн., — констатує Валентин Гвоздій, заступник Голови НААУ. — Це те, що буде витрачено на меблі, оргтехніку, оренду приміщень тощо».

Додамо, що у 2012 році на комфортне перебування чиновників у офісах КЦ було достатньо 15,7 млн грн. Навіть порівняно з 2014 роком відповідні витрати виросли мало не в півтора раза. За даними моніторингу, ще швидше зростають витрати на зарплату чиновників. Якщо у 2013 році вони становили 4,8 млн грн., то прогноз (на основі даних за 8 місяців) витрат на 2015 рік сягає 17,8 млн грн. При цьому у 2013 році лише 57 % бюджету КЦ було спрямовано на оплату роботи адвокатів. А 43 % — на утримання самих центрів. У 2014 році утримання чиновництва зросло до 45 %.

«Невпинно збільшується кількість працівників КЦ. Вона зростає в геометричній прогресії, — продовжує Валентин Гвоздій. — Наразі створено 100 КЦ по всій Україні. В кожному працюють від 3 до 15 працівників. Якщо розпочинали із 125 осіб, то відповідно до інформації, яку оприлюднив нещодавно на телебаченні керівник КЦ Андрій Вишневський, у поточному році планується наймати до 3500 чиновників для забезпечення координації процесу. Можете собі уявити, які витрати потрібні на їх утримання.

Натомість обсяг виплат адвокатам зменшується, що свідчить про зниження рівня необхідної правової допомоги. На прикладі Дніпропетровської та Одеської областей помітно, що ці витрати у 2014 році скоротилися майже на мільйон порівняно з 2013 роком. Нас особливо турбує неефективне, на наш погляд, витрачання бюджетних коштів. Зокрема, у минулому місяці відбулися торги на суму майже 25 млн грн. на ремонт приміщення Мін'юсту по вул. Артема. Не думаю, що сьогодні маємо моральне право спрямовувати мільйон євро на ремонт в умовах такої катастрофічної соціальної ситуації в державі. Планується витратити ще 32 млн грн. на закупівлю надсучасного обладнання, дорогих відеотелефонів, ксероксів. Скільки тисяч громадян могли б отримати зарплату та пенсію?»

Слід звернути увагу на те, що самі центри БПД не надають правової допомоги, її надають адвокати, користуючись своїми офісами і офісною технікою. Тобто придбаваються меблі і надзвичайно коштовна техніка, здійснюються дорогі ремонти не для комфортної роботи адвокатів, а перш за все для державних чиновників, які, як диспетчери, розподіляють доручення між адвокатами.

ЗАЛЕЖНИЙ АДВОКАТ

Найстрашніше — це непрозорість розподілу справ серед адвокатів. Цифри шокують. За даними моніторингу НААУ, у Дніпропетровській області адвокат О. Тураєва отримала лише одне доручення, в той час як її колега М. Соболь займався 170. Б'є «рекорди» у Полтавській області Я. Мільгевська — у неї 451 доручення. У той же час у Д. Маліченка — лише одне. У всякому разі про це свідчать аудиторські звіти відповідних регіональних центрів БПД за період з 1 січня 2013 року по 31 березня 2015 року.

Але ж 451 доручення — це 451 справа клієнтів. Як може одна людина справитися з цим усім? Скільки років життя на це потрібно? І головне, якою буде якість такого символічного ведення справ? Навряд чи подібна стаханівська робота зможе захистити громадянина. І сумнівно, що мова йде про простий збіг обставин. Скоріше, йдеться про ручне управління у діючій системі, де чиновники вибирають

адвокатів, дають їм роботу і потім оплачують її за рахунок держбюджету. То про яку незалежність адвоката може йти мова?

Додайте сюди ще бюрократичні процедури, які теж є інструментом тиску на адвоката, адже він має заповнювати купу паперів і звітуватися перед чиновником, який може і не прийняти звіт. А ще складні математичні формули для розрахунку сум коштів до оплати за надання юридичної послуги, які теж закладають можливості для зловживань з боку адміністрації центрів.

Адвокати підтверджують, що доручення надаються в ручному режимі. Одним дають цікаві і дохідні доручення, іншим — важкі, але малодохідні. І це на тлі символічної оплати роботи адвоката — на рівні 1,2 дол./година, яка незрівнянна з витратами на євроремонт.

«Система несе загрозу правам людини і має бути змінена. Присутній тоталітарний контроль держави. З одного боку, держава обвинувачує, а з іншого — безоплатно захищає. Має контроль над адвокатами, сама відбирає цих адвокатів, сама розподіляє серед них справи і оплачує їх роботу. Хіба це інструменти корупційного ризику? — стверджує Валентин Гвоздій. — Адвокат, який отримує 451 доручення, напевно, буде прислухатися до керівника регіонального центру, його порад чи побажань у конкретній справі. Тому побудована в Україні система не є демократичною. Вона створена попередньою владою не в інтересах громадянина, а держави. Її механізми майстерно використовуються сьогоднішніми представниками Мін'юсту для таких ось маніпуляцій».

Окремого вирішення потребує питання окреслення кола осіб, які мають право отримувати безкоштовну допомогу від держави. Сьогодні ситуація доведена мало не до абсурду, коли держава нав'язує безплатного адвоката чи не кожному громадянину незалежно від статків чи бажання самого громадянина. З іншого боку, будь-хто, заявивши, що він не може найняти собі адвоката, отримує БПД за рахунок держави. Навіть у розвинених країнах не впадають у таку крайність — можливості ж держави не безмежні. Доходить до того, що слідчі органи допускають адвоката, якого хоче клієнт, лише після того, як приїде адвокат із системі БПД і клієнт від нього відмовиться… Хіба це гарантування права на вільний вибір захисника?

З ГОЛОВИ НА НОГИ

Як поставити систему БПД з голови на ноги? Андрій Циганков, Голова Комітету НААУ з адвокатської етики, нагадує, що Рада Європи наполегливо рекомендувала не лише вирішити питання надання безоплатного захисту людини, але й зберегти незалежність адвокатського корпусу країни.

Фахівці стверджують, що за наявності політичної волі систему можна розвернути обличчям до громадянина протягом двох місяців. Для побудови демократичної незалежної системи БПД слід у першу чергу забезпечити її повний вивід з-під порядкування Мінфіну. Дуже схожі проблеми були у Вірменії та Грузії. Та завдяки адвокатам ці країни внесли зміни до відповідних законів, і БПД там сьогодні перебуває виключно під контролем громадськості. Контроль над витратами там здійснює Мінфін. Відповідно, ніхто за мільйон євро приміщень не ремонтує…

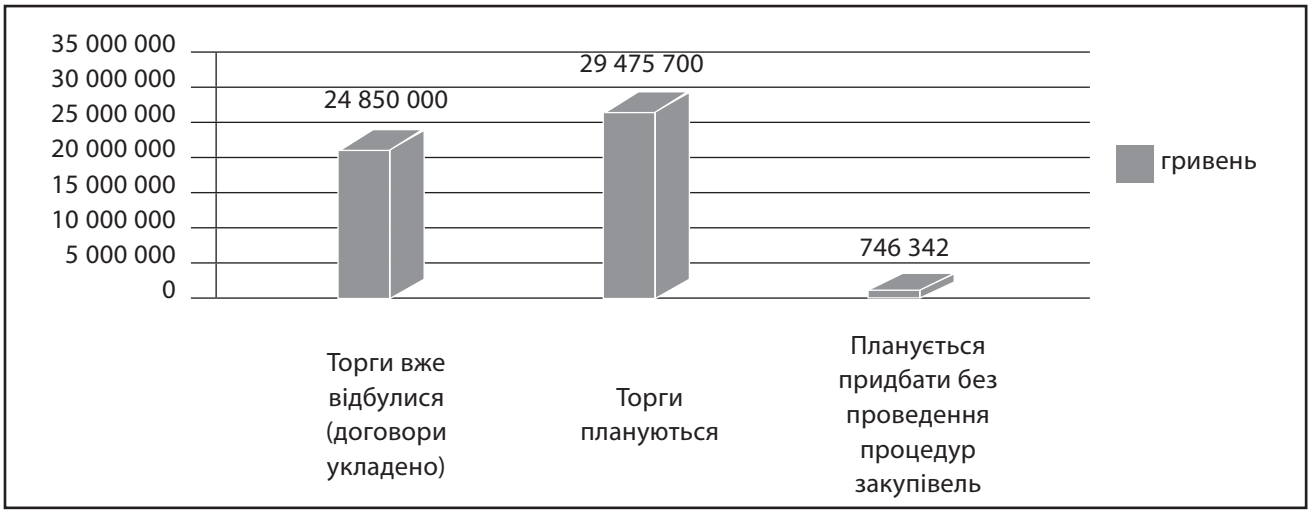
Чому держава це не робить в Україні? Невже їй не потрібна незалежна адвокатура? Якщо ми дійсно рухаємося до демократії, то повинні негайно змінити недемократичну систему, яка перетворилася на затратний інструмент впливу на адвокатуру. Тоді незалежний адвокат, у свою чергу, стане гарантією дотримання прав і ефективного захисту людини.

ІНФОРМАЦІЯ,
ОДЕРЖАНА НААУ ЗА НАСЛІДКАМИ АНАЛІЗУ ДАНИХ
ПРО ВИТРАЧАННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ

Органи адвокатського самоуправління		**Координаційний центр з надання правової допомоги**	
Період	Витрачено, грн.	Період	Витрачено, грн.
1991-2011 рр.	**0**	2013 рік	22 184 800
		2014 рік	41 942 400
		2015 рік	**54 842 042**

У таблиці вище наведені дані, не пов'язані з оплатою послуг та відшкодуванням витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу. Це виключно витрати, заплановані на закупівлю товарів (робіт, послуг) на обслуговування системи БПД. Цифри за 2013-2104 роки є фактичними, цифри за 2015 рік — заплановані.

З них у 2015 році:

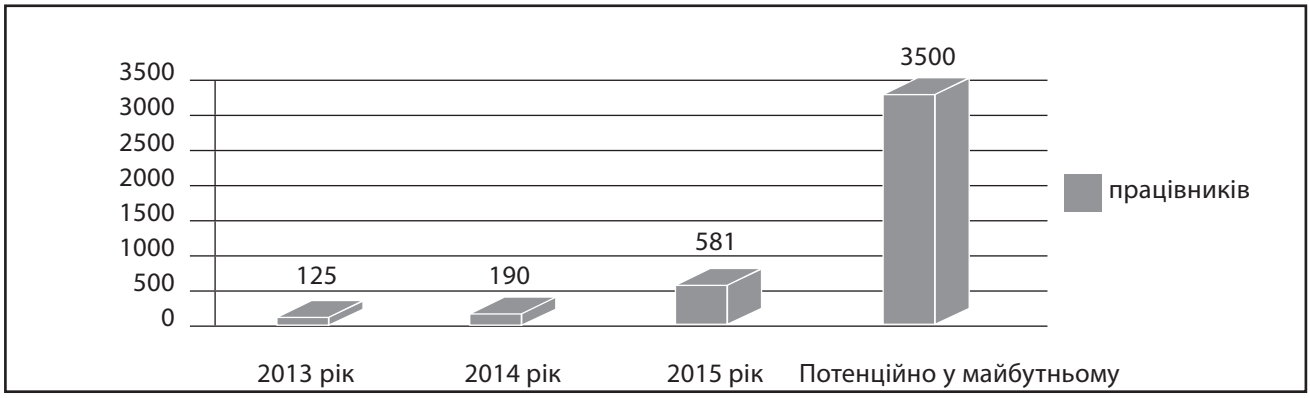


Довідково:

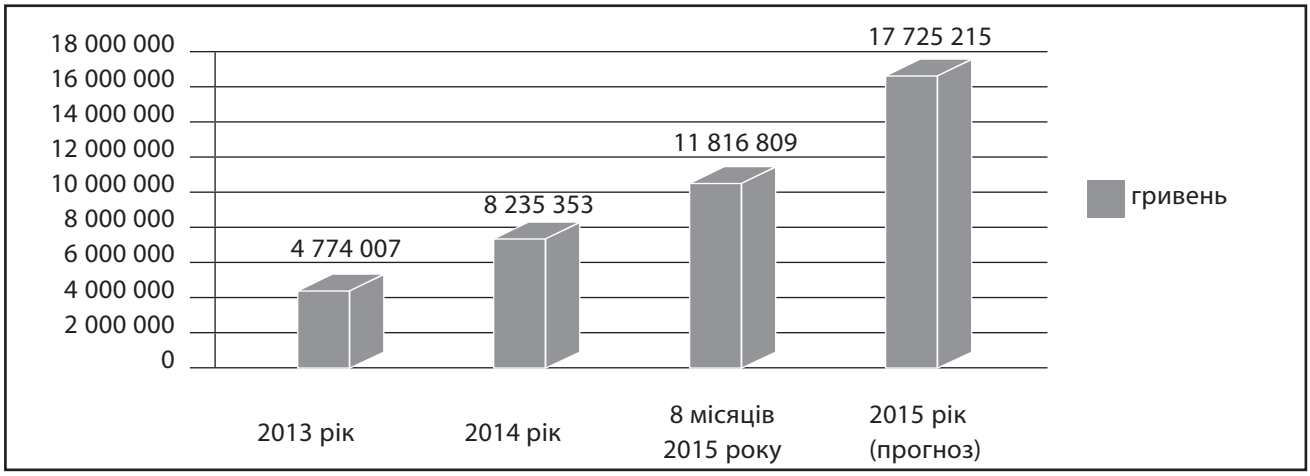
У 2015 році Координаційним центром з надання правової допомоги на ремонт приміщення, розташованого за адресою: м. Київ, вул. Артема, 73, заплановано витратити 22 228 600 грн. Чи доречно сьогодні витрачати 1 млн доларів США бюджетних коштів на ремонт одного офісного приміщення?

[1] Джерела інформації: інформаційні дані про витрати на оплату праці працівників з офіційного сайту Координаційного центру з надання правової допомоги у 2013-2015 роках.

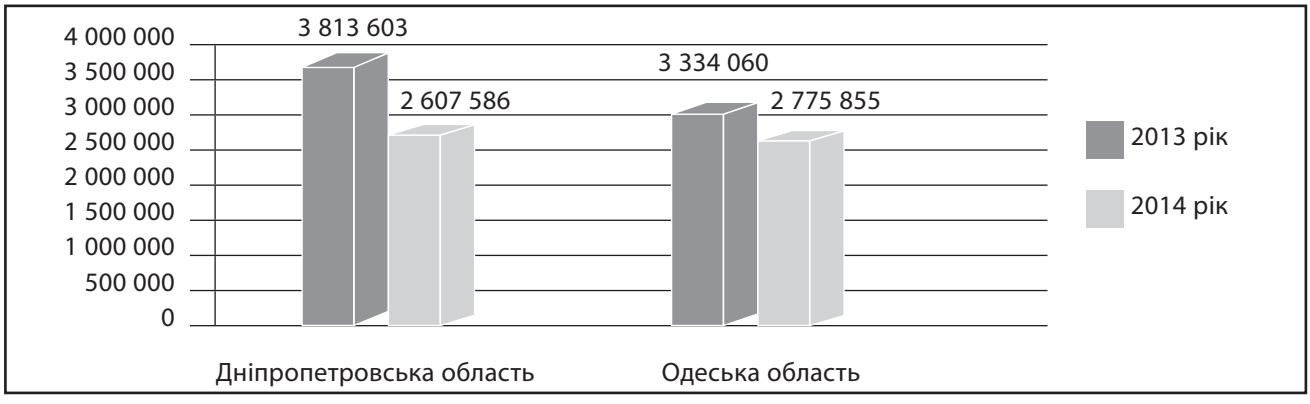
Дані про кількість адміністративного персоналу, задіяного в обслуговуванні центрів БПД[1]:



Витрати на оплату праці адміністративних працівників системи БПД[2]:



При цьому об'єм витрат безпосередньо на надання безоплатної правової допомоги скорочується (показані витрати на оплату послуг адвокатів по виданих дорученнях, грн.)[3]:



[2] Прогноз витрат на оплату праці адміністративних працівників апарату системи БПД зроблений на підставі даних про фактичні витрати за цим напрямком, вже здійснені протягом 8 місяців 2015 року.

[3] На прикладі двох регіонів.

«СИСТЕМА БПД ПОТРЕБУЄ НЕГАЙНИХ РЕФОРМ» —

ВАЛЕНТИН ГВОЗДІЙ, ЗАСТУПНИК ГОЛОВИ НААУ

Національна асоціація адвокатів України вкрай занепокоєна ситуацією, що склалася навколо незалежності адвокатури.

Рада Європи та ООН наполегливо рекомендують не лише вирішити питання надання безоплатного захисту, а також зберегти незалежність адвокатського корпусу.

Зважаючи на міжнародні рекомендації, Асоціація оголосила терміновий збір пропозицій змін до Закону України «Про безоплатну правову допомогу».

«Зміни, які ми пропонуємо, гарантують незалежність адвокатурі і усунуть корупцію в системі. Ми виступаємо за скасування процедури допуску адвокатів до надання БПД. Ми виступаємо за скасування Координаційного центру при Мін'юсті як непотрібного посередника між адвокатом і громадянином. Ми збираємо пропозиції та зауваження до першого жовтня», — зазначив **Валентин Гвоздій**.

Громадськість та неурядові організації повинні взяти ініціативу на себе і допомогти людям захистити їхні права та продовжити реформи. Сьогодні вже є очевидним те, що державним органам потрібна допомога. Самі вони з цим процесом не впораються.

Яскравим прикладом є безоплатна правова допомога у тому вигляді, що пропонує Координаційний центр при Мін'юсті. Кількість постраждалих від такої допомоги постійно зростає. НААУ це фіксуємо майже щодня. Наш громадський моніторинг підтвердив неефективне витрачання бюджетних коштів службовцями системи БПД. А це все наші з вами податки.

Тому головне завдання сьогодні — допомогти суспільству та громадянам. Ми закликаємо усі громадські організації, такі як Спілка адвокатів України, Асоціація правників України, Українська Гельсінська спілка з прав людини, ВГО «Асоціація адвокатів України» тощо, об'єднатися заради верховенства права та захисту свобод громадян.

АДВОКАТИ ВИСТУПАЮТЬ ПРОТИ ОДЕРЖАВЛЕННЯ АДВОКАТУРИ

8 вересня 2015 року в Інформаційному агентстві «Інтерфакс-Україна» відбулася прес-конференція, що її давали члени Національної асоціації адвокатів України. В її рамках виступав **Андрій Циганков, Голова Комітету НААУ з питань адвокатської етики**, який зазначив, що «в даному випадку створюються дві адвокатури: одна, яка діє за Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та в рамках виконання правил та норм адвокатської етики. Й інша адвокатура, яка вважає себе вільною від зазначених зобов'язань та від колег лише тому, що її патронує Мін'юст».

Нинішнє Міністерство юстиції замість того, щоб розбудовувати демократичну правову модель в державі, скористалось попереднім інструментом контролю адвокатури та відповідно судової системи.

В той час, коли Рада Європи наполегливо рекомендувала не лише вирішити питання надання безоплатного захисту людини, але й зберегти незалежність адвокатського корпусу країни.

Петро Бойко, Голова Ради адвокатів Київської області, звернув увагу на ситуацію в регіонах України. «**Незалежна адвокатура (особливо в економічно збіднілих регіонах) просто помре.** Треба враховувати тотальне зубожіння населення й те, що державна адвокатура для збіднілих адвокатів в регіонах може стати єдиним шансом на виживання, а це призводить до їх залежності від такого чи не єдиного джерела доходу.

Крім того, останнім часом в Україні правоохоронці зухвало та цинічно ігнорують та порушують принцип адвокатської таємниці, інші важливі гарантії адвокатів. Всі ці проблеми викликані зволіканням держави у внесенні змін до процесуального законодавства, яке б встановило реальні механізми захисту таких прав та відповідальності винних осіб в їх порушенні».

ДІЮЧИЙ ФОРМАТ НАДАННЯ БПД СТВОРЮЄ УМОВИ ДЛЯ ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Ганна Колесник, Голова Комітету НААУ із захисту прав людини, звернула увагу на найголовніші ризики для громадян та навела конкретні приклади зі своєї практики як адвоката, що працює у системі безоплатної правової допомоги (БПД) з перших днів її створення. БПД наразі є системою, що повністю контролюється з боку держави, а це і є тоталітарною моделлю контролю, яка створює умови для зловживань зі сторони держави на різних стадіях її надання. Такий формат відкриває можливості для порушення прав людини в процесі отримання нею необхідної адвокатської допомоги.

Уряд має намір залучити до надання правової допомоги понад 15 тисяч адвокатів (це половина від існуючої кількості адвокатів в Україні), — отож держава отримає реальний інструмент впливу на судову систему, що неприйнятно в демократичній країні і ставить під загрозу існування верховенства права. Вільний вибір особи, яка потребує адвоката, підміняється по суті нав'язуванням певного захисника в порядку розподілу між адвокатами, включеними в державну систему. А сам адвокат позбавляється права самостійно обирати методи захисту, яке надається йому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», — підкреслила Ганна Колесник.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ

Анастасія Сербіна, аналітик Видавничого будинку «Фактор», адвокат

Не так давно в Україні з'явився новий орган — Національна поліція, покликаний служити суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку. Відгуків про роботу нової поліції багато, як добрих, так і не дуже. Сам факт початку роботи поліції є суперечливим та дискусійним, але чи змінилась загальна ситуація, чи вирішені проблеми охорони суспільства та очищення влади як такої?

Фактично Національна поліція в м. Києві запрацювала набагато раніше, ніж було прийнято Закон України від 2 липня 2015 року № 580-VIII «Про Національну поліцію»[1]. 4 липня 2015 року на Софійській площі у м. Києві співробітники нової поліції склали присягу на вірність Україні, після чого приступили до виконання своїх професійних обов'язків. Питання щодо правомірності діяльності останньої дискусійне, тим більше із врахуванням позиції національних судів під час розгляду протоколів, складених такою поліцією до набуття чинності самим законом, який регулює їх діяльність, а отже, і встановлює повноваження.

У містах Києві, Львові, Одесі та Харкові поліція вже працює.

Головною вимогою до кандидатів до Національної поліції було і є прагнення до якісних змін, молодий вік, спортивна статура, фізичне здоров'я та моральна стійкість. Держава ставить на меті створити нову генерацію поліціянтів, абсолютно не корумпованих, незаангажованих, чесних, справедливих та чуйних. Час розставить все на свої міста.

Головними новаціями формування територіальних підрозділів нового органу Національної поліції стали:

1	створення Національної поліції як центрального органу влади, який координує цивільний Міністр внутрішніх справ, ліквідацію Управлінь внутрішніх справ в областях та районах
2	фаховий Начальник Національної поліції призначається Кабміном за контрактом на 5 років
3	створення Поліцейської комісії при Національній поліції, в якій 3/5 членів — правозахисники та інші цивільні особи
4	призначення на посади в поліції через конкурс, який проводять Поліцейські комісії, з використанням поліграфа
5	призначення керівників поліції на контрактній основі на 5 років
6	обов'язковість узгодження місцевими радами призначення керівників поліції громадської безпеки та дорожньої поліції, право їх зняття 2/3 голосів
7	право сесій місцевих рад більшістю голосів зняти будь-якого працівника поліції громадської безпеки (патруль, дільничний) та дорожньої поліції
8	реагування на заяви про порушення працівниками поліції

[1] Далі за текстом — Закон «Про Національну поліцію».

СТРУКТУРА ПОЛІЦІЇ ТА ПРИНЦИПИ ДІЯЛЬНОСТІ

Відповідно ст. 13 Закону «Про Національну поліцію» систему поліції складають:

1) центральний орган управління поліцією;

2) територіальні органи поліції.

У складі поліції функціонують:

1	кримінальна поліція
2	патрульна поліція
3	органи досудового розслідування
4	поліція охорони
5	спеціальна поліція
6	поліція особливого призначення

У системі поліції можуть утворюватися науково-дослідні установи та установи забезпечення.

Принципами роботи поліції є:

1. Верховенство права: людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

2. Дотримання прав і свобод людини: під час виконання своїх завдань поліція забезпечує дотримання прав і свобод людини, сприяє їх реалізації. Обмеження прав і свобод людини допускається виключно на підставах та в порядку, визначених Конституцією і законами України, за нагальної необхідності і в обсязі, необхідному для виконання завдань поліції. Здійснення заходів, що обмежують права та свободи людини, **має бути негайно припинене**, якщо мета застосування таких заходів досягнута або немає необхідності подальшого їх застосування.

3. Законність: поліція діє виключно на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України. Поліцейському заборонено виконувати злочинні чи явно незаконні розпорядження та накази.

4. Відкритість та прозорість: поліція здійснює свою діяльність на засадах відкритості та прозорості; забезпечує постійне інформування органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також громадськості про свою діяльність у сфері охорони та захисту прав і свобод людини, протидії злочинності, забезпечення публічної безпеки і порядку. Поліція забезпечує доступ до публічної інформації, володільцем якої вона є, у порядку та відповідно до вимог, визначених законом. Поліція може оприлюднювати (поширювати) інформацію з обмеженим доступом лише у випадках та в порядку, визначених законом.

5. Політична нейтральність: поліція забезпечує захист прав та свобод людини незалежно від політичних переконань та партійної належності. Поліція у своїй діяльності є незалежною від рішень, заяв чи позицій політичних партій та громадських об'єднань. В органах і підрозділах поліції заборонено використовувати будь-які предмети, на яких зображена символіка політичних партій, та провадити політичну діяльність. Поліцейським заборонено висловлювати особисте ставлення до діяльності політичних партій під час виконання службових повноважень, а також використовувати службові повноваження у політичних цілях.

6. Взаємодія з населенням на засадах партнерства: діяльність поліції здійснюється в тісній співпраці та взаємодії з населенням, територіальними громадами та громадськими об'єднаннями на засадах партнерства і спрямована на задоволення їхніх потреб. Рівень довіри населення до поліції є основним критерієм оцінки ефективності діяльності органів і підрозділів поліції.

7. Безперервність: поліція забезпечує безперервне та цілодобове виконання своїх завдань. Кожен має право в будь-який час звернутися за допомогою до поліції або поліцейського. Поліція **не має права відмовити** в розгляді або відкласти розгляд звернень стосовно забезпечення прав і свобод людини, юридичних осіб, інтересів суспільства та держави від протиправних посягань з посиланням на вихідний, святковий чи неробочий день або закінчення робочого дня.

ОСНОВНІ ОБОВ'ЯЗКИ ПОЛІЦЕЙСЬКОГО

Статтею 18 Закону «Про Національну поліцію» визначені **основні обов'язки поліцейського:**

1	неухильно дотримуватися положень Конституції України, законів України та інших нормативно-правових актів, що регламентують діяльність поліції, та Присяги поліцейського
2	професійно виконувати свої службові обов'язки відповідно до вимог нормативно-правових актів, посадових (функціональних) обов'язків, наказів керівництва

3	поважати і не порушувати прав і свобод людини
4	надавати невідкладну, зокрема домедичну і медичну, допомогу особам, які постраждали внаслідок правопорушень, нещасних випадків, а також особам, які опинилися в безпорадному стані або стані, небезпечному для їхнього життя чи здоров'я
5	зберігати інформацію з обмеженим доступом, яка стала йому відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків
6	інформувати безпосереднього керівника про обставини, що унеможливлюють його подальшу службу в поліції або перебування на займаній посаді

Поліцейський на всій території України незалежно від посади, яку він займає, місцезнаходження і часу доби в разі звернення до нього будь-якої особи із заявою чи повідомленням про події, що загрожують особистій чи публічній безпеці, або в разі безпосереднього виявлення таких подій **зобов'язаний вжити необхідних заходів з метою рятування людей, надання допомоги особам**, які її потребують, і повідомити про це найближчий орган поліції.

При зверненні до особи або у разі звернення особи до поліцейського останній **зобов'язаний назвати своє прізвище, посаду, спеціальне звання та пред'явити** на її вимогу службове посвідчення, надавши можливість ознайомитися з викладеною в ньому інформацією, не випускаючи його з рук.

Поліцейському **заборонено** знімати з однострою чи **приховувати нагрудний знак**, а також будь-яким іншим чином перешкоджати прочитанню інформації на ньому або фіксуванню її за допомогою технічних засобів.

Поліцейський, який виконує функції в цивільному одязі, зобов'язаний мати при собі нагрудний знак, передбачений цією частиною, крім випадків, коли наявність нагрудного знака перешкоджає проведенню негласної слідчої (розшукової) дії.

ПОВНОВАЖЕННЯ ПОЛІЦІЇ

Статтею 23 Закону «Про Національну поліцію» визначені такі повноваження поліції:

1	здійснює превентивну та профілактичну діяльність, спрямовану на запобігання вчиненню правопорушень
2	виявляє причини та умови, що сприяють вчиненню кримінальних та адміністративних правопорушень, вживає у межах своєї компетенції заходів для їх усунення
3	вживає заходів з метою виявлення кримінальних, адміністративних правопорушень; припиняє виявлені кримінальні та адміністративні правопорушення
4	вживає заходів, спрямованих на усунення загроз життю та здоров'ю фізичних осіб і публічній безпеці, що виникли внаслідок учинення кримінального, адміністративного правопорушення
5	здійснює своєчасне реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події
6	здійснює досудове розслідування кримінальних правопорушень у межах визначеної підслідності
7	розшукує осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду, ухиляються від виконання кримінального покарання, пропали безвісти, та інших осіб у випадках, визначених законом
8	у випадках, визначених законом, здійснює провадження у справах про адміністративні правопорушення, приймає рішення про застосування адміністративних стягнень та забезпечує їх виконання
9	доставляє у випадках і порядку, визначених законом, затриманих осіб, підозрюваних у вчиненні кримінального правопорушення, та осіб, які вчинили адміністративне правопорушення
10	вживає заходів для забезпечення публічної безпеки і порядку в публічних місцях
11	регулює дорожній рух та здійснює контроль за дотриманням Правил дорожнього руху його учасниками та за правомірністю експлуатації транспортних засобів на вулично-дорожній мережі
12	здійснює супроводження транспортних засобів у випадках, визначених законом

13	видає відповідно до закону дозволи на рух окремих категорій транспортних засобів; у випадках, визначених законом, видає та погоджує дозвільні документи у сфері безпеки дорожнього руху
14	вживає всіх можливих заходів для надання невідкладної, зокрема домедичної і медичної, допомоги особам, які постраждали внаслідок кримінальних чи адміністративних правопорушень, нещасних випадків, а також особам, які опинилися в ситуації, небезпечній для їхнього життя чи здоров'я
15	вживає заходів для визначення осіб, які не здатні через стан здоров'я, вік або інші обставини повідомити інформацію про себе; встановлює особу за невпізнаним трупом
16	забезпечує безпеку взятих під захист осіб на підставах та в порядку, визначених законом
17	у межах своєї компетенції, визначеної законом, здійснює контроль за дотриманням вимог законів та інших нормативно-правових актів щодо опіки, піклування над дітьми-сиротами та дітьми, позбавленими батьківського піклування, вживає заходів щодо запобігання дитячій бездоглядності, правопорушенням серед дітей, а також соціального патронажу щодо дітей, які відбували покарання у виді позбавлення волі
18	вживає заходів для запобігання та припинення насильства в сім'ї
19	здійснює охорону об'єктів права державної власності у випадках та порядку, визначених законом та іншими нормативно-правовими актами, а також бере участь у здійсненні державної охорони
20	здійснює на договірних засадах охорону фізичних осіб та об'єктів права приватної і комунальної власності
21	здійснює контроль за дотриманням фізичними та юридичними особами спеціальних правил та порядку зберігання і використання зброї, спеціальних засобів індивідуального захисту та активної оборони, боєприпасів, вибухових речовин і матеріалів, інших предметів, матеріалів та речовин, на які поширюється дозвільна система органів внутрішніх справ
22	здійснює у визначеному законом порядку приймання, зберігання та знищення вилученої, добровільно зданої або знайденої вогнепальної, газової, холодної та іншої зброї, боєприпасів, набоїв, вибухових речовин та пристроїв, наркотичних засобів або психотропних речовин
23	здійснює контроль у межах своєї компетенції, визначеної законом, за дотриманням вимог режиму радіаційної безпеки у спеціально визначеній зоні радіоактивного забруднення
24	сприяє забезпеченню відповідно до закону правового режиму воєнного або надзвичайного стану, зони надзвичайної екологічної ситуації у разі їх оголошення на всій території України або в окремій місцевості
25	виконує в межах компетенції запити органів правопорядку (правоохоронних органів) інших держав або міжнародних організацій поліції відповідно до закону та міжнародних договорів України

Поліцейський захід згідно зі ст. 29 Закону «Про Національну поліцію» — це дія або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права і свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону для забезпечення виконання покладених на поліцію повноважень. Поліцейський захід застосовується виключно для виконання повноважень поліції. Обраний поліцейський захід **має бути законним, необхідним, пропорційним та ефективним.** Поліцейський захід має бути припинений, якщо досягнуто мети його застосування, якщо неможливість досягнення мети заходу є очевидною або якщо немає необхідності у подальшому застосуванні такого заходу.

Поліція для виконання покладених на неї завдань вживає заходів реагування на правопорушення, визначені Кодексом України про адміністративні правопорушення[2] та Кримінальним процесуальним кодексом України[3], на підставі та в порядку, визначених законом. Поліція для охорони прав і свобод людини, запобігання загрозам публічній безпеці і порядку або припинення їх порушення також **застосовує в межах своєї компетенції поліцейські превентивні заходи та заходи примусу**, визначені цим Законом.

[2] Далі за текстом — КпАП.

[3] Далі за текстом — КПК.

ПОЛІЦІЯ НОВА, А ПРОБЛЕМИ СТАРІ

Андрій Іванов,
суддя Перевальського районного суду Луганської області

Чи уникне нова поліція тих проблем, які поставали перед міліцією? Про що ж мовчить влада? Спробуємо розібратись у ситуації, яка складається на теперішній час.

Довіра громадян до нових поліцейських є високою. Поліція одягнена в нову привабливу уніформу, поліцейські здійснюють патрулювання на нових автомобілях, весь процес патрулювання фіксується на відеокамери, поліцейські під час роботи мають можливість використовувати портативну комп'ютерну техніку з доступом до відповідних реєстрів з можливістю на місці перевірити деякі дані про особу, ставлення до служби самих поліцейських позитивне, є бажання працювати самовіддано, наполегливо, законно.

ЩОДО ПРИМІЩЕННЯ ДЛЯ РОБОТИ

Місце розташування підрозділу Національної поліції, наприклад, у місті Києві — це частина приміщення Національної академії внутрішніх справ за адресою: м. Київ, вул. Народного ополчення, 9. Будівля призначена для занять студентів, а не для діяльності поліцейського підрозділу, і мова йде навіть не про наявність чи відсутність ремонту. Мова йде про пристосування будівлі з іншим цільовим призначенням для роботи поліцейського підрозділу, що буде вкрай важко, дорого, а може і неможливо. Чому забувають про це, незрозуміло. Відсутність коштів, недостатньо часу для вирішення питання з приміщенням? Усе це свідчить про нерозуміння або небажання розуміти важливість цього питання.

Так, ст. 259 КпАП передбачає **доставляння правопорушника в міліцію** у разі неможливості скласти протокол на місці скоєння правопорушення, якщо складення протоколу є обов'язковим, для складання протоколу про адміністративне правопорушення. Спеціальної кімнати для цієї процедури в будівлі поліції м. Києва немає.

Якщо йти далі, ст. 260 КпАП встановлює, що поліцейські мають право застосовувати до правопорушника заходи забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення, такі як особистий огляд речей та документів, вилучення речей та документів, адміністративне затримання, тимчасове затримання транспортного засобу, відсторонення водіїв від керування транспортними засобами та огляд на стан сп'яніння тощо.

Спеціально обладнана кімната для проведення особистого огляду відсутня.

Спеціальний приймальник для тримання адмінзатриманих відсутній. Узагалі це окрема тема для розмови: він утворюється, реорганізується, ліквідується органами державної влади чи місцевого самоврядування для обслуговування одного або декількох органів внутрішніх справ. Чому не створений спеціальний приймальник для забезпечення тримання правопорушників, затриманих поліцейськими в тих містах, де вже працює поліція? Питання залишається відкритим.

Спеціальний приймальник відповідно до внутрішнього наказу Міністерства внутрішніх справ України від 18.09.92 р. № 552 «Про затвердження Положення про спеціальний приймальник при органі внутрішніх справ для утримання осіб, підданих адміністративному арешту» потребує певного обладнання. Облаштовуються, як мінімум, такі приміщення:

1	камери для окремого утримання чоловіків і жінок
2	ізолятори для окремого утримання заново доставлених осіб, які не пройшли санітарної обробки, для хворих і осіб з підозрою на інфекційні захворювання
3	кімнати для чергового, начальника спецприймальника, інспекторів, медпрацівника, канцелярії, прийняття їжі з обладнанням для миття і зберігання посуду, відпочинку, а також туалету
4	санітарний пропускник з душовою і дезінфекційною камерою, сушилка, приміщення для підігрівання і прийняття їжі, миття і зберігання посуду, зберігання особистих речей адмінарештованих і інших господарських предметів, санітарний вузол
5	окремі кімнати для зберігання чистої та брудної білизни

Спеціальний приймальник повинен мати внутрішній огороджений двір. Для здійснення пропускного режиму в приймальнику з лімітом на 50 і більше місць обладнується контрольно-пропускний пункт.

Керівництво спеціальним приймальником і контроль за його діяльністю повинен здійснювати орган поліції, оскільки основна маса правопорушників затримується поліцейськими.

Усі ці питання залишаються відкритими.

Поліцейські при несенні служби не мають при собі взагалі протоколів про адміністративне затримання, оскільки приміщення для тримання адмінзатриманих відсутнє в поліції і є в наявності тільки в приміщеннях органів внутрішніх справ[4], де поліцейські і можуть отримати протокол **про адміністративне затримання**. Але відкрите питання про час затримання правопорушника та правомірність підстав тримання його з моменту затримання до доставки його до ОВС. Чи буде час від затримання до доставки правопорушника до ОВС і складання протоколу особистого затримання вважатися законним затриманням?

За наявність обладнаних приміщень для відпочинку, переодягання, зберігання уніформи поліцейських, проведення спеціальних занять, архівів, адміністративної практики тощо взагалі мова не йде.

Далі більше! Щодо законодавчого забезпечення діяльності Національної поліції.

Основний нормативний документ, який використовують поліцейські у своїй діяльності, — це КпАП. Але цей закон не зазнав суттєвих змін для нормальної діяльності поліції, а зміни до нього носять косметичний характер, тобто найменування «органи внутрішніх справ» доповнено фразою «Національна поліція». У цілому цей закон залишився тим самим законом, що прийнятий в СРСР у 1984 році, безліч разів зазнавав змін, але, по суті, є радянським законом. Не можна сказати, поганий він чи хороший, але потрібно зазначити, що він не в повній мірі відповідає вимогам часу та не встигає за реформами, в тому числі тими, які відбуваються в органах внутрішніх справ, поліції. Над ним просто необхідно працювати та вносити своєчасно відповідні зміни, і тоді не буде важливим те, в якому році він прийнятий.

КпАП містить деякі суперечливі норми, що залишились із радянських часів або зазнали змін уже в теперішній час та потребують скорішого врегулювання та приведення у відповідність до міжнародних поліцейських норм та стандартів.

ЩОДО ПОВНОВАЖЕНЬ ПОЛІЦЕЙСЬКОГО ВИМАГАТИ ВІД ПРАВОПОРУШНИКА ПОВІДОМИТИ СВОЄ ПРІЗВИЩЕ, ІМ'Я ТА ПО БАТЬКОВІ

Уявіть собі ситуацію (на практиці такі випадки трапляються досить часто): правопорушник скоює якесь адміністративне правопорушення, наприклад палить у громадському місці.

Поліцейський зробив правопорушнику зауваження, запропонував припинити протиправну поведінку та став вимагати повідомити свої особисті дані для складання протоколу про адміністративне правопорушення. Дуже часто правопорушники відмовляють та не повідомляють свої дані поліцейському, обґрунтовуючи свою відмову посиланням на ст. 63 Конституції України, помилково стверджуючи, що вони можуть відмовитись давати пояснення щодо себе, членів сім'ї

[4] Далі за текстом — ОВС.

тощо. У цьому випадку поліцейським слід розуміти, що **давати показання або пояснення — це не те саме, що повідомляти свої особисті дані**. Правопорушник зобов'язаний повідомити поліцейському свої дані. Ця норма зрозуміла та не потребує додаткової регламентації в КпАП, але якщо в подальшому вводити відповідальність за відмову повідомити свої особисті дані поліцейському, то слід закріпити і обов'язок особи повідомити поліцейському свої особисті дані.

Поліцейський для встановлення особи правопорушника застосовує засіб забезпечення адміністративного провадження у вигляді адміністративного затримання та доставляє правопорушника до ОВС. В ОВС особу правопорушника може бути встановлено, якщо вона проходила по обліках МВС або затримувалась раніше. Але якщо особа не притягалась до адміністративної чи кримінальної відповідальності, якщо і в ОВС правопорушник відмовляється назвати свої дані або називає неправдиві дані, що робити поліцейському? Відповідь одна — **через три години відпускати правопорушника**, оскільки час адміністративного затримання завершився, і неповідомлення особою своїх персональних даних не є підставою для її подальшого тримання в ОВС. Звісно, є ризик того, що правопорушник, який не повідомляє свої особисті дані, може приховувати їх з певною метою, наприклад він перебуває в розшуку за скоєння злочину.

Принцип невідворотності покарання за скоєне правопорушення втрачає свій сенс.

На мій погляд, необхідно ввести адміністративну відповідальність для правопорушників за відмову повідомити поліцейському свої особисті дані, необхідні для встановлення особи, складання протоколу про адміністративне правопорушення, винесення постанови по справі про адміністративне правопорушення та виконання постанови по справі про адміністративне правопорушення. Тобто зобов'язати правопорушника повідомити своє прізвище, ім'я, по батькові, місце реєстрації та місце свого проживання, якщо вони різні, повідомити своє місце роботи, свої контактні телефони та адресу електронної пошти, якщо вони є. Покаранням за відмову назвати свої особисті дані повинен стати, в тому числі, адміністративний арешт на строк до 15 діб.

ЩОДО РОЗ'ЯСНЕННЯ ПРАВ

Хочу звернути увагу на роз'яснення прав особі, яка притягається до адміністративної відповідальності. Так, усі знають, що правопорушнику потрібно роз'яснити права, передбачені ст. 10, 63 Конституції України та ст. 268 КпАП, але як це виглядає на практиці.

У Сполучених Штатах є так зване правило «Миранди», і суть роз'яснення прав полягає в промові поліцейським правопорушнику чотирьох речень: «Ви маєте право мовчати. Все, що ви скажете, може бути використано проти вас у суді. Ваш адвокат має право бути присутнім на допиті. Якщо ви не маєте можливості оплатити адвоката, він буде наданий вам державою. Ви розумієте свої права?»

В Українській правоохоронній діяльності така універсальна промова поліцейського до правопорушника відсутня. По суті, поліцейському **слід зачитувати правопорушнику усі статті**, оскільки непроголошення статей може бути розцінено як нероз'яснення прав. На мій погляд, слід розробити універсальну промову поліцейського, яку вони могли б використовувати при затримання як правопорушників, так і злочинців, оскільки права, передбачені КпАП та Кримінальним процесуальним кодексом України, різняться, самі статті, які слід роз'ясняти, досить великі, поліцейський може забути текст статті, а правопорушник (злочинець) при затриманні може не зрозуміти усіх перелічених прав, тому, на мій погляд, і слід розробити та запровадити стисле формулювання прав правопорушника (злочинця) саме при затриманні.

ЩОДО АДМІНІСТРАТИВНОГО ЗАТРИМАННЯ

Одразу ж хотілося б звернути увагу на такий засіб забезпечення адміністративного провадження, як адміністративне затримання.

Раніше міліція досить часто зловживала адміністративним затриманням відносно осіб, що підозрюються у скоєнні кримінальних правопорушень. Застосовувала до підозрюваних вказаний захід забезпечення адміністративного провадження та під час адміністративного затримання, яке за нормами КпАП могло тривати до розгляду справи про адміністративне правопорушення в суді, з особи, яка ще не затримана у рамках кримінального провадження, «вибивала» зізнання, а вже потім ставила питання про обрання затриманому запобіжного заходу у рамках кримінального провадження.

Для відібрання цього повноваження у міліції і були прийняті зміни до КпАП, якими строк адміністративного затримання скорочувався **до трьох годин**.

Стосовно діяльності поліції. Треба розібратися, коли і до кого поліцейські застосовують адміністративне затримання. А відповідь наявна. Найчастіше адміністративне затримання застосовується до осіб, які, наприклад, увечері напередодні вихідного дня або у вихідний день зловживали спиртними напоями та відмовляються припинити свою протиправну поведінку, під час складання протоколів про адміністративне правопорушення за ст. 173, 173^2, 178, 175^1 тощо КпАП не повідомляють свої особисті дані або вчиняють нове адміністративне правопорушення, передбачене ст. 185 КпАП, чинять злісну непокору законним вимогам поліцейського, опір або просто не в змозі повідомити свої анкетні дані. У цьому випадку поліцейські доставляють правопорушника до ОВС. Строк адміністративного затримання не може тривати більше трьох годин.

У законі не прописаний момент, з якого слід рахувати строк адміністративного затримання. На мій погляд, адміністративне затримання розпочинається в той час, **коли правопорушника обмежили в його можливості вільно пересуватись.** Цю норму потрібно закріпити в КпАП, а поліцейським у протоколі затримання слід указувати саме цей час.

Ті, хто на практиці здійснював адміністративне затримання або був свідком цього, розуміють, що три години — це дуже мало. Наприклад, правопорушник, перебуваючи у стані сильного алкогольного сп'яніння, на виконує законні вимоги поліцейського, не припиняє свою протиправну діяльність, чинить опір і злісну непокору поліцейським. Припинення протиправної поведінки та подолання опору правопорушника вимагають певного часу, залежно від ситуації — від декількох хвилин до години, а може і більше, при цьому відлік часу затримання вже йде.

Доставляння правопорушника в ОВС потребує також певного часу, залежно від дорожніх умов це може бути, наприклад, у Києві навіть від 10 до 30 хвилин. В ОВС установлюється особа правопорушника, це також вимагає часу, складання протоколу про адміністративне правопорушення, ознайомлення правопорушника з матеріалами справи про адміністративне правопорушення, — все це вимагає часу.

А правопорушника вже потрібно випускати, оскільки час адміністративного затримання закінчився. Майже завжди 3 годин замало для вчинення поліцейськими усіх дій, передбачених для провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Якщо ж, крім цього, поліцейські обґрунтовано підозрюють, що правопорушник має намір продовжити свою протиправну поведінку, заподіяти шкоду собі чи оточуючим його громадянам, наприклад продовжити насильство в сім'ї чи вживання алкогольних напоїв тощо? Незважаючи на усі ці моменти, поліцейські повинні по закінченні трьох годин відпустити правопорушника.

На мій погляд, необхідно кардинально вирішувати цю проблему на законодавчому рівні, закріплюючи строк адміністративного затримання до розгляду справи в суді, який повинен відбутись, наприклад, протягом доби після адміністративного затримання особи, а якщо цей день (а найчастіше так і відбувається на практиці) припадає на вихідний день — вирішити це питання чергуванням суддів та працівників апарату суду у вихідний день, що можливо закріпити розпорядженням Державної судової адміністрації (для вирішення питання оплати працівникам суду) та протоколом зборів конкретного суду за погодженням з керівництвом поліцейського підрозділу.

ЩОДО ОСОБИСТОГО ОГЛЯДУ ТА ОГЛЯДУ РЕЧЕЙ

У ст. 264 КпАП мова йде про особистий огляд і огляд речей. Однак текст статті містить у собі тільки перелік осіб, які мають право проводити особистий огляд, але підстави особистого огляду не зазначені, в яких випадках особистий огляд є обов'язком, не вказано. Загальні підстави застосування заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення зазначені у ст. 260 КпАП, але вони не можуть відобразити усі моменти, які виникають при тому чи іншому заході. Потрібна детальна регламентація.

ЩОДО ТИМЧАСОВОГО ЗАТРИМАННЯ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ

Саме формулювання диспозиції ст. 265^2 КпАП викликає певне здивування: «у разі наявності підстав вважати, що водієм вчинено порушення, передбачене…». На мій погляд, вказане формулювання розмите, не конкретне, а повинно бути стислим і таким, що не дає підстав сумніватись у діях поліцейського, «у разі скоєння правопорушення, передбаченого статтями…, після складання протоколу про адміністративне правопорушення працівник поліції повинен затримати транспортний засіб до розгляду справи про адміні-

стративне правопорушення у суді», подальша доля затримання транспортного засобу повинна вирішуватись у суді. Неточні, двоякі формулювання завжди дають підстави сумніватися в законності дій поліцейського. Далі затримання здійснюється шляхом блокування або доставлянням для зберігання на спеціальний майданчик — знову незрозумілості. Чи доречно і достатньо буде застосовувати блокування автомобіля у разі його експлуатації з перебитими, зміненими ідентифікаційними номерами кузова? Та чи вкрай необхідно блокувати чи доставляти на спеціальний штрафний майданчик автомобіль, що зупинився з порушеннями правил зупинки та стоянки, але не дуже суттєво перешкоджає безпеці дорожнього руху? За якими критеріями потрібно оцінювати суттєвість перешкоджання дорожнього руху автомобілем, що зупинився з порушеннями правил? Відповіді на ці запитання формулювання ст. 265[2] КпАП не надає. Процедура затримання транспортних засобів окремо прописана у постанові КМУ від 17.12.08 р. № 1102 «Про затвердження Порядку тимчасового затримання та зберігання транспортних засобів на спеціальних майданчиках і стоянках».

У ст. 266 КпАП іде мова про відсторонення осіб від керування транспортними засобами та огляд на стан сп'яніння. У статті також не регламентовано, в який спосіб необхідно відсторонювати особу від керування транспортними засобами, що, на мій погляд, також є суттєвим недоліком. Це може бути і блокування транспортного засобу, і доставка транспорту на штрафний майданчик або передача керування особі, що не перебуває у стані сп'яніння тощо. Але такі моменти слід регламентувати на законодавчому рівні.

ЩОДО ПОВНОВАЖЕНЬ ПОЛІЦЕЙСЬКОГО СКЛАДАТИ ПРОТОКОЛИ, ВИЗНАЧЕНИХ У СТ. 255 КПАП

Якщо порівняти ст. 255 КпАП зі ст. 222 КпАП, то очевидна різниця між переліком постанов, які ОВС (поліція) можуть розглядати, тобто виносити постанови по справах про адміністративні правопорушення, та протоколами, які вони мають право складати. Так, наприклад, згідно зі ст. 222 КпАП ОВС (поліція) можуть виносити постанови за ч. 1 — 3, 5, 6 ст. 122 КпАП, але згідно зі ст. 255 КпАП складати протоколи можуть тільки за ч. 3, 4 ст. 121 КпАП, і подібні нестиковки є у всьому переліку. Дивно, невже законодавці не бачать цього? Як можна працювати нормально в таких умовах поліцейським?

ЩОДО ДОКАЗІВ У СПРАВІ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

На мій погляд, визначальною фразою ст. 251 КпАП є така: «доказами в справі про адміністративні правопорушення є будь-які фактичні дані…..», тобто якщо буквально розуміти це формулювання, то усі зібрані докази можуть бути використані в провадженні по справі про адміністративні правопорушення.

Детальніше зупинимось на деяких із них:

1) протокол по справі про адміністративне правопорушення — це перший і основний письмовий доказ у справі, який складається поліцейським;

2) показання самого правопорушника, який може дати пояснення чи відмовитись свідчити (причому право відмовитись свідчити проти себе у ст. 268 КпАП не закріплене);

3) показання потерпілого (якщо він є по справі);

4) показання свідків, що можуть бути як цивільними особами, так і поліцейськими (у ст. 272 КпАП зазначено, що свідком може бути кожна особа, про яку є дані, що їй відомі які-небудь обставини, що підлягають установленню по цій справі);

5) висновок експерта, при цьому зауважую, що КпАП не містить порядку призначення і проведення експертиз, строків проведення експертиз, не передбачає зупинення строків на час проведення експертизи, незважаючи на те, що, наприклад, експертиза у справі про ДТП за ст. 124 КпАП може тривати досить довго. Крім того, наприклад, у справі про адміністративне правопорушення за ст. 124 КпАП експертиза може бути призначена за постановою поліцейського, але експерт не надасть «висновки автотехнічної експертизи», а виконає «експертне дослідження» при проведенні експертизи, призначеної за нормами КпАП. Він навіть не попереджається про кримінальну відповідальність. Тому на практиці бувають випадки, коли за постановою ОВС експерт надає одні висновки «експертного дослідження», а у цій же справі за експертизою, призначеною судом, при розгляді справи в суді, будучи попередженим судом про кримінальну відповідальність, надає зовсім інший висновок;

6) що стосується матеріалів фото-, кінозйомки та відеозапису, то відповідно ст. 251 КпАП це можуть бути показання технічних приладів, які використовуються при нагляді за безпекою дорожнього руху, але як же бути з матеріалами фото-, відеозйомки, зроблених поліцейськими, свідками, потерпілими тощо, а не в авто-

матичному режимі? Стаття 251 КпАП не регламентує цього, але повертаючись до першого речення диспозиції вказаної статті, зауважую, що доказами можуть бути **будь-які фактичні дані**. Поліцейські забезпечені відеокамерами, але основне призначення відеокамери — це контроль за діяльністю самого поліцейського наряду, дотримання ним законності. Крім того, отримати відеофайл з цієї камери поліцейському досить важко, він повинен після служби писати рапорт керівництву на отримання файлу та певний час чекати на його отримання. Поліцейські автомобілі не обладнані системами відеоспостереження за безпекою дорожнього руху, які могли б використовувати поліцейські у справах про адміністративні правопорушення, пов'язані з безпекою дорожнього руху;

7) речові докази щодо предметів матеріального світу: оформлюється протокол вилучення речей, та речові докази разом із протоколом вилучення долучаються до матеріалів справи про адміністративне правопорушення. Що ж стосується відеофайлу з відеореєстратора автомобіля, який брав участь у ДТП, на мій погляд, цей доказ не є речовим, оскільки він виражений не в матеріальному предметі, а у вигляді електронної інформації — електронного документа, яким його і слід вважати, коли він буде відображений на відповідному носії з доданим до нього протоколом вилучення;

8) інші документи: продовжуючи попередній пункт, хочу зауважити, що, на мій погляд, усю інформацію, яку можна зберігати у електронному вигляді, слід відносити до інших документів, з відповідним правовим оформленням (протоколом вилучення, якщо ця інформація отримується від свідків, правопорушників, потерпілих, камер відеоспостереження тощо, або рапортом, якщо творцем цієї інформації є поліцейський).

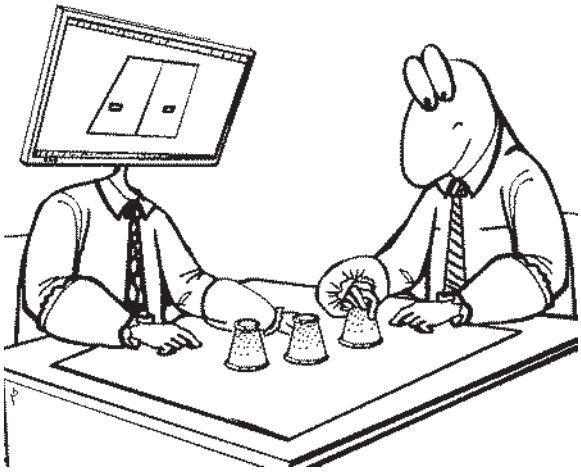
ЩОДО ПОВНОВАЖЕНЬ АДВОКАТА В ПРОВАДЖЕННІ ПО СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Стаття 268 КпАП чітко визначає, які права має особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, у тому числі на правову допомогу. Адвокат має майже ті ж самі права, які має його підзахисний (окрім пояснень, які правопорушник може дати тільки особисто): таким чином, на етапі складання протоколу (читай виготовлення основного доказу по справі про адміністративне правопорушення) та збору поліцейським доказів по справі про адміністративне правопорушення адвокат має право ознайомитись з усіма матеріалами справи про адміністративне правопорушення, подати відповідні докази, які є в нього, або заявити клопотання (про витребування доказів, опитування свідків, призначення експертизи тощо), при цьому адвокат не має права іншим чином втручатись у процедуру оформлення протоколу про адміністративне правопорушення. У розгляді справи про адміністративні правопорушення адвокат може брати повноцінну участь.

Згідно зі ст. 277^2 КпАП повістка особі, яка притягається до адміністративної відповідальності, вручається не пізніше ніж **за три доби до дня розгляду справи в суді**. Ця норма напряму суперечить нормі ч. 2 ст. 277 КпАП, згідно з якою деякі справи про адміністративні правопорушення розглядаються протягом доби, деякі у триденний строк. Що робити у випадку притягнення особи до адміністративної відповідальності за ст. 185 КпАП? Увечері на правопорушника склали адміністративний протокол та через три години відпустили. Звідки поліцейський знає, коли відбудеться розгляд справи в суді? Де три дні для повідомлення особи? Чи може суд навіть за три дні викликати особу поштовою повісткою? Відповідь на всі запитання — звісно, ні. Залишається або суду порушувати строки розгляду, або поліцейським якимось чином доставляти до суду або умовляти з'явитись у суд правопорушника, що виглядає досить дивно.

Таким чином, навіть при приблизному аналізі діяльності Національної поліції стає зрозумілим, що необхідно дуже багато і наполегливо працювати над матеріально-технічним, організаційним та законодавчим забезпеченням діяльності поліції. Щоб люди, які прийшли працювати в поліцію, не відчули байдужість до проблем, які виникають у їх діяльності та надалі сумлінно стояли на захисті прав і свобод громадян.

ЗАКОН ПРО ЕЛЕКТРОННУ КОМЕРЦІЮ: ПЕРШЕ ЗНАЙОМСТВО



Віра Козіна, шеф-редактор

Перефразовуючи відомий радянський фільм, цю подію можна охарактеризувати так: «Ну ось і звершилося те, про що так довго говорила спільнота!» 30 вересня набрав чинності Закон України від 03.09.15 р. № 675-VIII «Про електронну комерцію»[1]. З прийняттям цього Закону у нас з'явилася нова форма укладення правочинів та ще багато дійсно революційних як для юристів новел. Хоча власники інтернет-магазинів у своїх виступах говорять, що Закон просто унормував відносини, які давно склалися у Мережі, втім, гадаю, що новий Закон буде цікавий колегам не лише як юристам, а й як звичайним споживачам, адже кожний з нас хоча б раз купував речі чи замовляв послуги через Інтернет. Тож давайте пробіжимося по рядках цієї законодавчої новинки, а також спробуємо, принаймні у першому наближенні, заглянути й між рядків цього нормативно-правового акта.

ПРО «ЗАСАДИ» ТА «ПІДСТАВИ»

Закон № 675 визначає організаційно-правові засади діяльності у сфері електронної комерції в Україні, встановлює порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем та визначає права і обов'язки учасників відносин у сфері електронної комерції (простіше — регулює правові відносини у сфері електронної комерції під час вчинення електронних правочинів).

Закон також чітко визначає коло правочинів, на які його **дія не поширюється**.

До таких належать:

1	правочини, для яких законом встановлено спеціальний порядок переходу права власності або предметом правочину є об'єкти, вилучені з цивільного обороту або обмежені в цивільному обороті відповідно до законодавства
2	правочини, однією із сторін яких є фізична особа, яка **не зареєстрована** як ФОП **та** реалізує або пропонує до реалізації товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, крім випадків, коли сторони прямо домовилися про застосування положень Закону № 675 до правочину[2]
3	правочини, стороною яких є орган державної влади або місцевого самоврядування в частині виконання ним функцій держави або місцевого самоврядування, чи правочин, який вчиняється відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель»
4	правочини, які підлягають нотаріальному посвідченню або державній реєстрації
5	правочини, вчинення яких регулює сімейні правовідносини

[1] Далі за текстом — Закон № 675.

[2] Простіше кажучи, якщо звичайна людина, що не має статусу підприємця, торгує (надає послуги) у Мережі, її контрагент має погодитись на застосування Закону № 675 і ця згода має бути чітко прописана в електронному договорі чи додатках до нього.

6	правочини, які стосуються грального бізнесу, у тому числі парі, тоталізатори та інші азартні ігри, або проведення лотерей[3]
7	правочини, виконання зобов'язання по яких забезпечується особою, яка уклала договір поруки або іншої форми майнового забезпечення, **за умови**, що така особа діє в цілях, що виходять за межі її господарської діяльності чи незалежної професійної діяльності

Є ще деякі обмовки та застереження щодо можливості застосування Закону № 675 у окремих видах правовідносин.

Зокрема, порядок вчинення правочинів, пов'язаних з наданням банківських послуг, випуску та обігу електронних грошей, здійснення переказу коштів (наприклад, систем дистанційного обслуговування, випуску та обігу електронних грошей, страхування), як і раніше, визначається спеціальним законодавством.

Також при укладенні правочинів з іноземцями (фізичними та юридичними особами), а також особами без громадянства Закон № 675 може застосовуватись лише з урахуванням положень Закону України «Про міжнародне приватне право».

А ось іноземні суб'єкти електронної комерції можуть сміливо реалізовувати свої товари, виконувати роботи та надавати послуги із використанням цього Закону, якщо товар реалізується (послуга надається, робота виконується) на території України.

ТЕРМІНОЛОГІЯ

Куди ж без нових понять та термінів! Тим більше, що значна частина з них дійсно раніше ніколи не визначалася в Україні на законодавчому рівні.

Отже, нові слова[4]:

електронна комерція	відносини, спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час вчинення правочинів щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, внаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру
електронна торгівля	господарська діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізації товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем
(!) Законодавець відокремив поняття «торгівля» та «комерція», віднісши до категорії торгівлі виключно господарську діяльність. Тому звертайте на це увагу під час укладання чи аналізу електронних правочинів.	
електронна форма представлення інформації	спосіб документування інформації, що означає створення, запис, передачу або збереження інформації у цифровій чи іншій нематеріальній формі за допомогою електронних, магнітних, електромагнітних, оптичних або інших засобів, здатних до відтворення, передачі чи зберігання інформації (до такої форми законодавець відніс спосіб документування інформації, що дає змогу її відтворювати у візуальній формі, придатній для сприйняття людиною)
електронне повідомлення	інформація, представлена в електронній формі, надана учасником відносин у сфері електронної комерції з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем
комерційне електронне повідомлення	електронне повідомлення у будь-якій формі, метою якого є пряме чи опосередковане просування товарів, робіт чи послуг або ділової репутації особи, яка провадить господарську або незалежну професійну діяльність
(!) Зверніть увагу і на різницю, яку підкреслено наданням окремих визначень для процедури обміну інформацією залежно від цілей її поширення електронними засобами зв'язку. *Згідно з п. 10 ч. 1 ст. 3 Закону № 675 до комерційного електронного повідомлення **не належить**:* *— інформація, що надає прямий доступ до діяльності особи, доменне ім'я або адреса електронної пошти;* *— повідомлення про товари, роботи чи послуги або ділову репутацію особи, розміщене не з метою їх просування.* *Парламентарії приділили окрему увагу питанням обігу комерційних електронних повідомлень (ст. 10 цього Закону).*	

[3] **Із цього правила є винятки.** Закон № 675 можна застосовувати до негрошових лотерей відповідно до Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» та лотерей, визначених Законом України «Про рекламу».

[4] Тут наведена не уся термінологія, яка «розшифровується» у Законі № 675, а лише та, яка видалася автору найбільш цікавою для першого знайомства.

електронний договір	домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі
електронний правочин	дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем
(!) Відповідно до ч. 3 ст. 5 Закону № 675 правочин не може бути визнано недійсним у зв'язку з його вчиненням в електронній формі, якщо інше не передбачено законом.	
інтернет-магазин	засіб для представлення або реалізації товару, роботи чи послуги шляхом вчинення електронного правочину
мережевий ідентифікатор	індивідуальний набір цифр та/або символів, присвоєний кінцевому обладнанню учасника відносин у сфері електронної комерції в інформаційно-телекомунікаційній мережі
одноразовий ідентифікатор	алфавітно-цифрова послідовність, що її отримує особа, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір шляхом реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, що надав таку пропозицію. Одноразовий ідентифікатор може передаватися суб'єктом електронної комерції, що пропонує укласти договір, іншій стороні електронного правочину засобом зв'язку, вказаним під час реєстрації у його системі, та додається (приєднується) до електронного повідомлення від особи, яка прийняла пропозицію укласти договір
реалізація товару дистанційним способом	укладення електронного договору на підставі ознайомлення покупця з описом товару, наданим продавцем у порядку, визначеному Законом № 675, шляхом забезпечення доступу до каталогів, проспектів, буклетів, фотографій тощо з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, телевізійним, поштовим, радіозв'язком або в інший спосіб, що виключає можливість безпосереднього ознайомлення покупця з товаром або із зразками товару під час укладення такого договору
суб'єкт електронної комерції	суб'єкт господарювання будь-якої організаційно-правової форми, що реалізує товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, або особа, яка придбаває, замовляє, використовує зазначені товари, роботи, послуги шляхом вчинення електронного правочину

СТАТУС УЧАСНИКІВ

Законом № 675 досить чітко визначено коло учасників відносин у сфері електронної комерції (ст. 6), правовий статус, права та обов'язки продавця (виконавця, постачальника) та покупця (замовника, споживача) (ст. 7 та 8 відповідно).

Корисно знати, що цим Законом визначено: права та обов'язки покупця (замовника, споживача) товарів, робіт, послуг у сфері електронної комерції визначаються, зокрема, Законом України «Про захист прав споживачів». При цьому покупець (замовник, споживач) товарів, робіт, послуг у сфері електронної комерції за обсягом своїх прав та обов'язків прирівнюється до споживача у разі укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями та у разі укладення договору на відстані відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів».

ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ДОГОВОРУ

Статтею 11 Закону № 675 визначений механізм укладення електронного договору.

Так, у ч. 1 цього Закону зазначено, що пропозиція укласти електронний договір (оферта) має містити істотні умови, передбачені законодавством для відповідного договору, і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття.

У ч. 4 ст. 11 Закону № 675 вказано, що Пропозиція укласти електронний договір (оферта) може бути зроблена шляхом надсилання **комерційного** електронного повідомлення, розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах.

Пропозиція укласти електронний договір (оферта) може включати умови, що містяться в іншому електронному документі, шляхом перенаправлення (відсилання) до нього. При цьому особі, якій адресована пропозиція укласти електронний договір (оферта), має надаватися безперешкодний доступ до електронних документів, що включають умови договору, шляхом перенаправлення (відсилання) до них (ч. 5 ст. 11 Закону № 675).

Пропозиція укласти електронний договір (оферта) або електронний договір повинні містити інформацію

щодо можливості отримання стороною такої пропозиції або договору у формі, що унеможливлює зміну змісту.

Якщо покупець (споживач, замовник) укладає електронний договір шляхом розміщення замовлення за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, продавець (виконавець, постачальник) зобов'язаний оперативно підтвердити отримання такого замовлення. Замовлення або підтвердження розміщення замовлення вважається отриманим у момент, коли сторона електронного договору отримала доступ до нього (ч. 7 ст. 11 Закону № 675).

Також є особливості щодо укладення електронного договору, що відбувається в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції. Вони визначені ч. 8 ст. 11 Закону № 675.

Інших обов'язкових вимог до змісту електронного договору, крім стандартних, передбачених приписами Цивільного та Господарського кодексів України, законодавець не передбачає, однак у ч. 2 ст. 11 Закону № 675 надає перелік додаткових даних, які **МОЖУТЬ** міститися у такому договорі. Серед них: технологія (порядок) укладення договору; порядок створення та накладання електронних підписів сторонами договору; можливість та порядок внесення змін до умов договору; спосіб та порядок прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту); порядок обміну електронними повідомленнями та інформацією між сторонами під час виконання ними своїх зобов'язань; технічні засоби ідентифікації сторони; порядок внесення змін до помилково відправленого прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту); посилання на умови, що включаються до договору, шляхом перенаправлення (відсилання) до іншого електронного документа і порядок доступу до такого документа; спосіб зберігання та пред'явлення електронних документів, повідомлень, іншої інформації в електронній формі та умови доступу до них; умови виготовлення та отримання паперових копій електронних документів тощо.

Як на мене, зважаючи, що цей вид правочинів є досить новаторським для нашої країни, та враховуючи любов українців «проскакувати між крапельками», принаймні протягом першого року роботи з електронними договорами (чи довше — залежно від того, як скоро буде напрацьована відповідна правозастосувальна практика), доцільніше усі ці моменти прописувати у договорах, аби не ускладнювати потім процедури доказування певних обставин.

Як і звичайний договір, електронний укладається шляхом оферти однією стороною та її прийняття (акцепту) другою стороною.

Моментом укладення електронного договору вважається момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти такий договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції, яка може бути надана шляхом (ч. 3 і 6 ст. 11 Закону № 675):

1	надсилання електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного з урахуванням вимог ст. 12 Закону № 675[5]
2	заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що також підписується з урахуванням вимог ст. 12 Закону № 675
3	вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею

Правила акцептування електронних договорів викликали певні дискусії ще на стадії обговорення законопроекту. Пропонувалося ввести систему подвійного акцептування, аби уникнути помилкових підтверджень замовлень з боку покупців. Однак ця ідея не була сприйнята парламентаріями. Тому подивимося, як буде працювати закріплений у Законі № 675 варіант.

Зважаючи, що електронні договори укладаються у віртуальному просторі, законодавець приділив окрему увагу питанням визначення місця укладення правочину, що, як ви розумієте, може мати значення щонайменше для визначення підсудності при виникненні спору між сторонами. Згідно з ч. 9 ст. 11 Закону № 675 місцем укладення електронного договору є місцезнаходження юридичної особи або місце фак-

[5] Про порядок підписання електронних договорів більш детально ми поговоримо трохи пізніше.

тичного проживання фізичної особи, яка є продавцем (виконавцем, постачальником) товарів, робіт, послуг.

Згідно із Законом № 675 **місце виконання продавцем обов'язку** передати покупцеві товар визначається за загальними правилами Цивільного кодексу України про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено цим Законом.

Послуги у сфері електронної комерції **вважаються виконаними** у момент, коли надана постачальником послуга відповідає властивостям, визначеним договором або законодавством. У разі якщо предметом електронного договору є виконання робіт у сфері електронної комерції, обов'язок виконавця перед замовником вважається виконаним у момент, коли результат виконаної роботи відповідає вимогам, встановленим договором або законодавством.

Однак, як і у «звичайних» правочинах, сторони в електронному договорі можуть визначити інший момент виконання зобов'язань.

Як підтверджується факт постачання за електронним договором? Покупець (замовник, споживач) повинен отримати підтвердження вчинення електронного правочину у формі електронного документа, квитанції, товарного чи касового чека, квитка, талона або іншого документа у момент вчинення правочину або у момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар.

У ч. 11 ст. 11 Закону № 675 міститься перелік вимог до документа, який підтверджує факт вчинення електронного правочину.

Якщо електронний договір укладено із дотриманням умов щодо обміну електронними повідомленнями та підписано у порядку, визначеному ст. 12 Закону № 675 (знову ж таки йде згадка про особливості підписання електронних договорів), він вважається таким, що за правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного у письмовій формі. Кожний примірник електронного документа з накладеним на нього підписом, визначеним ст. 12 цього Закону, є оригіналом такого документа.

Ну і звісно, що електронні документи (повідомлення), пов'язані з електронним правочином, можуть бути подані як докази сторонами та іншими особами, які беруть участь у судовому розгляді справи. Вони подаються в електронній формі та/або у формі паперових копій електронних повідомлень та вважаються письмовими доказами згідно із ст. 64 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 36 Господарського процесуального кодексу України та ст. 79 Кодексу адміністративного судочинства України.

ПІДПИСИ У СФЕРІ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ

Законодавець визначив 3 способи підписання таких документів шляхом:

1	використання електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» за умови використання засобу електронного цифрового підпису **усіма** сторонами електронного правочину
2	електронного підпису одноразовим ідентифікатором (ми про нього вже говорили вище)
3	аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів

НА ЗАВЕРШЕННЯ

Для першого знайомства, мабуть, досить… Хоча за межами цієї статті залишилося чимало не менш актуальних питань, у тому числі й щодо електронних розрахунків, порядку визначення часу відправлення та отримання електронного документа (повідомлення) та багато іншого.

Та й, скажу відверто, чимало запитань наразі залишаються без однозначних відповідей. Є сумніви щодо доказування фактів укладення правочинів, є певні побоювання, які висловлюють власники, юристи та адміністратори великих інтернет-магазинів, зокрема, не зовсім задоволені тлумаченням певних термінів Закону № 675 та вже на старті бачать у ньому ряд правових прогалин. Хоча усі без винятку вважають цей Закон зрушенням у бік цивілізації інтернет-відносин та підвищення захисту прав споживачів.

Тому, думаю, протягом найближчих місяців ми неодноразово будемо повертатись до цієї теми та ділитися думками експертів та фахівців щодо того, як впроваджується система електронних правочинів в Україні.

ВССУ ДАВ «ДОБРО» НА СВАВІЛЛЯ

Олександр Веселов, адвокат

Я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью. Там же, где закон — владыка над правителями, а они — его рабы, я усматриваю спасение государства и все блага, какие только могут даровать государствам боги.

Платон (427 — 348 рр. до н. е.) — давньогрецький філософ

Україною прокотилася хвиля грубих порушень прав обвинувачених під час судового провадження у суді першої інстанції, відносно яких раніше було обрано більш м'який запобіжній захід, ніж тримання під вартою, і які бралися під варту в залі судового засідання на підставі ухвалених і проголошених вироків суду.

Вказана ситуація викликала потік скарг громадян та їх захисників Президенту України, Генеральному прокуророві України, міністру юстиції, а також окремим народним депутатам, але свого належного та законного, на мій погляд, вирішення вказане питання не знайшло до теперішнього часу.

Сьогодні вказане свавілля судової влади намагаються «узаконити» шляхом прийняття постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ.

Напередодні його прийняття судом касаційної інстанції проведено та опубліковано узагальнення «Про судову практику застосування судами першої та апеляційної інстанцій процесуального законодавства щодо обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою» (див. сайт ВССУ у розділі узагальнення судової практики).

В обґрунтування вказаної правової позиції автори узагальнення послались на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Харченко проти України» від 10.02.2011 р., яке, до речі, стосується недоліків старого Кримінального процесуального кодексу України[1] щодо строків тримання під вартою під час розгляду справи у суді, та на думку багатьох суддів (так у тексті), які вважають, що під час ухвалення обвинувального вироку питання щодо застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою пов'язане з необхідністю його виконання.

На підставі цього «аналізу» автори дійшли висновку про те, що вироком суду за новим КПК обвинуваченого можна взяти під варту у залі судового засідання, і строк застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою визначити у резолютивній частині вироку строком настання певної події, а саме набрання цим вироком законної сили.

Далі в узагальненні наводиться судова практика судів України, згідно з якою суди першої інстанції при ухваленні вироків брали під варту обвинувачених на підставі цього вироку у залі судового засідання (докладніше див. пункт 9 вказаного узагальнення).

Як випливає з рішень Європейського суду, поняття «свавілля» у ст. 5 § 1 має більш широке значення, аніж просто недотримання національного законодавства, оскільки позбавлення волі може бути законним з точки зору внутрішнього права, але все ж свавільним у розумінні Конвенції, порушуючи тим самим її положення (Creangă v. Romania (Креанге проти Румунії), § 84; A. and Others v. the United Kingdom (A. та інші проти Сполученого Королівства) [ВП], § 164; принципи, що стосуються поняття «свавілля», розглядаються у справі Saadi v. the United Kingdom (Сааді проти Сполученого Королівства) [ВП], §§ 68-74).

Не погоджуючись із правовою позицією, висловленою в узагальненні, в частині взяття обвинуваченого

[1] Далі за текстом — КПК.

під варту вироком суду першої інстанції і визначення у резолютивній частині вироку строку застосування запобіжного заходу строком настання певної події, а саме набрання цим вироком законної сили, вважаю її помилковою та такою, що не заснована на законі.

Свою правову позицію я обґрунтовую наступним:

Згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Відповідно до ст. 29 Конституції України ніхто не може бути арештований та утриманий під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставі та в порядку, встановлених законом.

З прийняттям нового КПК питання заходів забезпечення кримінального провадження, а саме застосування запобіжних заходів, у тому числі і тримання під вартою на стадії досудового слідства, врегульовані главою 18 розділу II КПК.

На стадії судового провадження в суді першої інстанції, а саме на стадії підготовчого провадження питання обрання, зміни чи скасування запобіжних заходів, у тому числі і тримання під вартою, врегульовані ч. 3 ст. 315 КПК, а на стадії судового розгляду вказані питання регулюються ст. 331 КПК.

При цьому диспозиція ч. 2 ст. 331 КПК наказує суду вирішувати питання запобіжного заходу в порядку, передбаченому главою 18 розділу II цього Кодексу.

Порядок розгляду клопотання і застосування запобіжного заходу, а також ухвала про тримання і продовження строків тримання під вартою визначаються відповідно до ст. 183, 193, 194, 196, 197, які знаходяться в розділі II глави 18 КПК.

Згідно з ч. 1, 4 ст. 196 КПК застосування запобіжних заходів здійснюється на підставі ухвали слідчого судді або суду.

Причому в ухвалі про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою суд зобов'язаний визначити дату закінчення її дії у межах строку, передбаченого цим Кодексом.

Питанню запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою присвячена ст. 197 КПК.

Згідно з ч. 1 вказаної норми закону строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання особи під вартою або продовження строків тримання під вартою не може перевищувати шістдесяти днів.

Ухвала слідчого судді, суду щодо застосування запобіжного заходу підлягає негайному виконанню після її проголошення (ст. 205 КПК).

Жодна з перерахованих норм не містить посилання на те, що застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на стадіях досудового слідства та судового розгляду регулюється іншим порядком, в інші строки та в інший спосіб, ніж так, як це передбачено у главі 18 КПК, а саме шляхом винесення ухвали суду щодо взяття особи під варту або зміну запобіжного заходу.

При цьому диспозиція ч. 4 ст. 202 КПК, яка передбачає порядок звільнення особи з-під варти, вказує, що обвинувачений звільняється з-під варти після внесення застави, визначеної слідчим суддею, судом в ухвалі про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, якщо в уповноваженої службової особи місця ув'язнення, під вартою в якому він перебуває, відсутнє інше судове рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого під вартою.

Аналогічні положення містить диспозиція ч. 5 наведеної норми закону щодо відмови у продовженні строку тримання під вартою, про скасування запобіжного заходу у виді тримання під вартою або його зміну на інший запобіжний захід, про звільнення особи з-під варти або у випадку закінчення строку дії ухвали слідчого судді, суду.

При тлумаченні норми закону ч. 4 ст. 202 КПК, з моєї точки зору, за допомогою висновку від попереднього правового явища до наступного і навпаки, можна дійти висновку, що якщо звільнення особи з-під варти після внесення застави можливе лише за відсутності іншого судового рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого під вартою, то відповідно і взяття особи під варту можливе лише на підставі судового рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого під вартою.

Висновок вищенаведеного мною тлумачення співпадає з вимогами нормативно-правового акта — Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, затверджених 18.03.2013 р. за № 460/3 (розділ II).

У Правилах установлено, що підставами для приймання та тримання у СІЗО ув'язнених і засуджених є ухвала слідчого судді, суду про застосування запо-

біжного заходу у вигляді тримання під вартою або про застосування тимчасового чи екстрадиційного арешту та/або рішення компетентного органу іноземної держави у випадках, передбачених законом, або ж вирок суду, що набрав законної сили.

Тобто начальник СІЗО не має законних підстав для приймання та тримання особи під вартою без судового рішення, яке набрало законної сили.

Диспозицією ч. 2 ст. 331 КПК, яка знаходиться в розділі IV глави 28 КПК «Судовий розгляд», врегульовані питання обрання, скасування або зміни запобіжного заходу в суді під час судового розгляду. Тому вирішення питання щодо запобіжного заходу відбувається в порядку, передбаченому главою 18 розділу II цього Кодексу.

Пункт 2 ч. 4 ст. 374 КПК зазначає, що у резолютивній частині вироку у разі визнання особи винуватою, крім інших питань, приймається рішення щодо заходів кримінального провадження.

Аналізуючи ці дві правові норми, можна дійти висновку, що ст. 331 ч. 2 КПК є спеціальною нормою по відношенню до загальної норми ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК щодо вирішення питань запобіжного заходу.

Вказаний висновок випливає з наступного: диспозиція ст. 331 КПК, яка стосується лише питань запобіжних заходів, є більш вузькою, ніж диспозиція ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК, яка охоплює вирішення питань щодо всіх заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі і запобіжних заходів.

Таким чином, застосовуючи принцип Lex spesialis derogat generale, за яким спеціальний закон відміняє загальний, можна дійти висновку, що при вирішенні питань обрання, скасування або зміни запобіжного заходу суд повинен керуватись приписами ст. 331, а не ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК.

Стаття 331 КПК має відсильну диспозицію до статей розділу II глави 18 КПК, в якій питання тримання під вартою врегульовані ст. 183, 197, 202 КПК і які є спеціальними по відношенню до загальної норми ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК , а тому при вирішенні питання щодо обрання запобіжного заходу в судовому засіданні суд повинен керуватись приписами вказаних положень закону.

Тобто взяття обвинуваченого на стадії судового розгляду під варту можливе лише на підставі ухвали суду, яка постановлена відповідно до приписів глави 18 КПК і вступає в законну силу відразу після її проголошення.

Крім цього, відповідно до ст. 532 КПК вирок або ухвала суду першої інстанції набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги, встановленого цим Кодексом, якщо таку скаргу не було подано.

У разі подання апеляційної скарги судове рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після ухвалення рішення судом апеляційної інстанції.

Згідно зі ст. 533 КПК обов'язковість вироку або ухвали суду для усіх фізичних та юридичних осіб, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх службових осіб наступає лише після набрання вказаним судовим рішенням законної сили.

Відповідно до ст. 535 КПК України звернення до виконання можливе лише стосовно судового рішення, яке набрало законної сили.

Із системного тлумачення наведених норм права випливає, що виконуватися може лише вирок або ухвала, які набрали законної сили у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України.

Тобто судові рішення, які не набрали законної сили, не можуть вказувати порядок дій органам державної влади, у тому числі й установам попереднього утримання громадян — у слідчому ізоляторі.

Європейський суд у своїй практиці наголошує, що у справі, в якій ідеться про позбавлення свободи, особливо важливим аспектом є дотримання принципу юридичної визначеності.

Отже, неодмінною вимогою є наявність у національному законі чітко сформульованих умов, за яких здійснюється позбавлення свободи, та забезпечення передбачуваності застосування самого цього закону, тобто відповідності його встановленій Конвенцією вимозі «законності» (рішення по справі «Стіл та інші проти Сполученого Королівства»).

Також слід звернути увагу, що при ухваленні вироку, яким відносно особи застосовується запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, як наслідок, порушується одна з важливих засад кримінального процесуального законодавства України — принцип диспозитивності та законності.

Відповідно до приписів глави 18 та ст. 331 КПК суд не може з власної ініціативи вирішувати питання щодо обрання, зміни та продовження строків запобіжного заходу, оскільки це прямо суперечить практиці Європейського суду, про що, до речі, йде мова і у вказаному узагальненні. Тобто суд може лише поставити сторонам на обговорення вказане питання, якщо не має

клопотань від сторін провадження, і за його результатами прийняти відповідне рішення шляхом винесення відповідної ухвали суду.

Питання зміни запобіжних заходів суд може вирішувати на стадії судового розгляду за наявності відповідних клопотань сторін провадження, крім стадії судових дебатів. Тобто суд, ухвалюючи обвинувальний вирок, яким змінює і запобіжний захід на тримання під вартою та бере обвинуваченого під варту у залі суду, фактично вирішує це питання на власний розсуд і за власної ініціативи, без обговорення наявності існування ризиків, що для суду є неприпустимим та суперечить принципу диспозитивності та законності.

Суд має право взяти обвинуваченого під варту, змінивши відносно нього запобіжний захід на більш суворий, шляхом постановлення ухвали про зміну запобіжного заходу та взяття особи під варту, визначивши в ухвалі строк її дії, який не може перевищувати шістдесяти днів.

Наведу судову практику. Вироком Чигиринського районного суду Черкаської області від 13.11.2014 р. неповнолітній С. визнаний винним та засуджений за ч. 2 ст. 121 КК до 8 років позбавлення волі.

Цим же вироком суд обрав щодо нього запобіжний захід у вигляді тримання під вартою до набрання вироком законної сили і взяв його під варту у залі судового засідання.

20.02.2015 р. ухвалою колегії суддів судової палати в кримінальних справах апеляційного суду Черкаської області вирок Чигиринського районного суду Черкаської області від 13.11.2014 р. відносно неповнолітнього С. скасовано та призначено новий розгляд в суді першої інстанції зі стадії підготовчого провадження.

Запобіжний захід змінено з тримання під вартою на домашній арешт, звільненням засудженого з-під варти негайно у залі суду.

Але звільнення неповнолітнього засудженого С. відбулося в певній мірі завдяки втручанню в цю ситуацію народних депутатів Олега Ляшка, Олега Петренка, Віктора Вовка, Сергія Рудика, Ірини Суслової, Роберта Горвата, Юрія Павленка та Андрія Деркача, для яких досягнення європейських цінностей та панування верховенства права в Україні є не пустими словами.

Не виключаю, що якби не втручання вказаних народних депутатів, то наведений мною приклад із практики був би черговим із прикладів свавілля, які викладені в узагальненні ВССУ щодо цього питання.

Вважаю, що незаконне перебування вказаної неповнолітньої особи понад 100 днів на підставі судового рішення, яке не вступило в законну силу, стало можливим саме через таке саме формулювання — «до набрання вироком законної сили». В іншому випадку, за наявності ухвали про застосування запобіжних заходів у виді тримання під вартою, суд апеляційної інстанції в межах шістдесяти днів розглянув би це питання.

До речі, автори узагальнення вказують, що з «метою забезпечення прав засудженого суд апеляційної інстанції в разі неможливості завершення провадження в апеляційному порядку до спливу двомісячного строку (коректніше: до спливу шістдесяти днів) з дня ухвалення вироку судом першої інстанції необхідно незалежно від наявності відповідних клопотань сторін кримінального провадження розглянути питання доцільності та обґрунтованості тримання під вартою».

Виникає наступне запитання. Чого варте спірне формулювання в вироку «тримання під вартою до набрання вироком законної сили»? Тобто із закінченням шістдесятиденного строку тримання під вартою, коли вирок суду першої інстанції ще не переглянутий, одне з рішень резолютивної частини вироку, який не вступив у законну силу, підлягає окремому перегляду?

На мій погляд, це дійсно щось новеньке в тлумаченні нового Кримінального процесуального кодексу України. Фактично при перегляді вказаного строку тримання під вартою змінюється одне з рішень вироку, до того як сам цей вирок ще не переглянутий.

Позиція, висловлена в узагальненні, на мій погляд, не відповідає критерію «передбачуваності закону» для цілей п. 1 ст. 5 Конвенції.

Із наведеного прикладу можливо зробити висновок, що неповнолітня особа перебувала під вартою понад 100 днів, у той час як ст. 197 КПК прямо вказує, що строк тримання під вартою не може перевищувати шістдесяти днів.

Саме з підстав свавільного ставлення до строків тримання під вартою Європейський суд з прав людини ухвалив рішення у справі «Чанєв проти України».

Перед тим як перейти до висновків суду у вказаній справі, вважаю за необхідне звернути увагу на те, що посилання в узагальненні на рішення по справі «Харченко проти України» є, на мій погляд, невдалим, оскільки вказана справа стосувалась недоліків старого КПК.

Суд звертав увагу уряду «на законодавчу прогалину, яка допускала можливість тримання особи під

вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку обставин, коли таке тримання під вартою не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні судовим рішенням, що само по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який випливає з Конвенції і який є одним з основних елементів верховенства права».

Новий КПК у цій частині більш прогресивний, оскільки передбачає перегляд обґрунтованості тримання особи під вартою через кожні шістдесят днів.

У рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Чанєв проти України» зазначено, що «новий КПК було розроблено, серед іншого, для усунення недоліків законодавства, що лежать в основі системних порушень статті 5 Конвенції». Тому незважаючи на чіткість своєї практики щодо незаконності тривалого тримання під вартою без жодного судового рішення, суд змушений більш детально розглянути цю скаргу.

У п. 34 вказаної справи суд констатував порушення ст. 5 Конвенції, яке відповідно до практики суду у справах щодо України можна вважати системним. У справі «Харченко проти України» (Kharchenko v. Ukraine) суд зазначив, що постійно констатує «порушення підпункту «c» пункту 1 статті 5 Конвенції щодо періодів, протягом яких тримання під вартою здійснювалося без відповідного судового рішення, особливо протягом періоду після закінчення слідства та до початку судового розгляду» (див. вищенаведене рішення у справі «Харченко проти України» (Kharchenko v. Ukraine), п. 98). Вважалося, що проблема походить з прогалини у законодавстві (див. там же), і державі-відповідачу було запропоновано вжити невідкладних заходів для приведення її законодавства та практики у відповідність із висновками суду щодо ст. 5 Конвенції (там же, п. 101). Як показує ця справа, нове законодавство містить аналогічний недолік, і стосовно нового Кримінального процесуального кодексу України було виявлено таке ж порушення.

У п. 35 суд зазначив, що найбільш доцільним способом вирішення вищенаведеного порушення є невідкладне внесення змін до відповідного законодавства з метою забезпечення відповідності національного кримінального процесу вимогам ст. 5 Конвенції.

Я не виключаю, що наступне рішення Європейського суду з прав людини буде присвячене обговоренню питань, що викладені у цій статті, якщо судова практика не буде приведена у відповідність до вимог Конституції України і ст. 5 Конвенції.

Таким чином, системний аналіз норм кримінального процесуального законодавства України свідчить про те, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту за вироком суду з визначенням у резолютивній частині вироку строком настання певної події, а саме набрання цим вироком законної сили, не відповідає критерію «передбачуваності закону» для цілей п. 1 ст. 5 Конвенції та ст. 196, 197, 202 КПК.

ЗАХИСТ ПРАВ ЗАМОВНИКА ТА ЗАБУДОВНИКА БУДІВНИЦТВА

ПРИ ВЗАЄМОВІДНОСИНАХ ІЗ СПЕЦІАЛЬНО УПОВНОВАЖЕНИМ ОРГАНОМ З ПИТАНЬ ВИДАЧІ МІСТОБУДІВНИХ УМОВ ТА ОБМЕЖЕНЬ ЗАБУДОВИ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ (ВІДМОВА У ВИДАЧІ ТА СКАСУВАННЯ МІСТОБУДІВНИХ УМОВ ТА ОБМЕЖЕНЬ ЗАБУДОВИ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ)

Ірина Домбровська, юрист

На сьогоднішній день у будівельній галузі існує велика кількість законодавчо не врегульованих питань, на вирішення яких стають юристи. Одними із найбільш актуальних є відмова у видачі та скасування містобудівних умов та обмежень з різних причин.

Відповідно до ч. 4 ст. 26 Закону України від 17.02.11 р. № 3038 «Про регулювання містобудівної діяльності»[1] право на забудову земельної ділянки реалізується її власником або користувачем за умови використання земельної ділянки відповідно до вимог містобудівної документації.

Згідно з ч. 1 ст. 29 Закону № 3038 та п.п. 2.1, 2.4 Порядку надання містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, їх склад та зміст, затвердженого наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 07.07.11 р. № 109[2] основними складовими вихідних даних є, зокрема, містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки.

Частиною 2 ст. 29 зазначеного Закону передбачено, що фізична або юридична особа, яка подала виконавчому органові сільської, селищної, міської ради або у разі розміщення земельної ділянки за межами населених пунктів — районній державній адміністрації заяву про намір щодо забудови земельної ділянки, що перебуває у власності або користуванні такої особи, повинна одержати містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки для проектування об'єкта будівництва.

Той же Закон № 3038 визначає містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки як документ, що містить комплекс планувальних та архітектурних вимог до проектування і будівництва щодо поверховості та щільності забудови земельної ділянки, відступів будинків і споруд від червоних ліній, меж земельної ділянки, її благоустрою та озеленення, інші вимоги до об'єктів будівництва, встановлені законодавством та містобудівною документацією.

Головними причинами у відмові від видачі містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки та оскарження їх видачі в суді стає: непро-

[1] Далі за текстом — Закон № 3038.

[2] Далі за текстом — Порядок № 109.

ведення громадського обговорення з мешканцями прилеглих будинків та вимога органами, що видають такий документ, будь-яких погоджень нового будівництва.

Стає поширеною практикою у населення встановлення перешкод замовникам та забудовникам для зведення новобудов. Ніхто не може заперечити, що існують ситуації коли таке втручання громади просто необхідне, адже часто недобросовісні замовники та забудовники нехтують чинними нормами будівництва та не зважають на шкоду, яку може завдати їх діяльність. Але існують і зворотні випадки, коли будівництво житлового будинку не завдає ніякої шкоди, а громада все одно створює перешкоди, постійно знаходячи ті чи інші надумані причини. Громадське обурення викликає вже сам факт будівництва, а решта причин надумується. Виникає закономірне запитання: як діяти юристам, щоб уникнути низки конфліктних ситуацій та захистити права і інтереси замовника (забудовника) законодавчо визначеними шляхами від незаконних дій?

ЯК ОТРИМАТИ МІСТОБУДІВНІ УМОВИ ТА ОБМЕЖЕННЯ

Як уже зазначалось вище, містобудівні умови та обмеження є основною складовою вихідних даних. Містобудівні умови та обмеження надаються відповідними спеціально уповноваженими органами містобудування та архітектури на безоплатній основі у порядку, встановленому Законом № 3038. Для отримання містобудівних умов та обмежень до заяви замовником додаються:

— засвідчена в установленому порядку копія документа про право власності (користування) земельною ділянкою
— ситуаційний план (схема) щодо місцезнаходження земельної ділянки (у довільній формі)
— викопіювання з топографо-геодезичного плану М 1:2000
— черговий кадастровий план (витяг із земельного кадастру — за умови відсутності містобудівного кадастру)
— кадастрова довідка з містобудівного кадастру (у разі наявності)
— фотофіксація земельної ділянки (з оточенням)
— містобудівний розрахунок з техніко-економічними показниками запланованого об'єкта будівництва

У разі відсутності документів на право землекористування (при реконструкції об'єктів) містобудівні умови та обмеження можуть надаватися без цих документів. Розгляд заяви, надання містобудівних умов та обмежень або прийняття рішення про відмову у їх видачі здійснюються спеціально уповноваженим органом містобудування та архітектури у порядку, встановленому Законом № 3038.

Із вищенаведених норм законодавства випливає що до обов'язкового переліку документів, які необхідні для отримання містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки, не передбачено додання документа, який би засвідчував проведення громадського слухання з питання будівництва об'єкта, та відсутня необхідність погодження будівництва об'єкта із мешканцями сусідніх будинків. Таким чином, **необґрунтованою є відмова у видачі особам або оскарження видачі містобудівних умов та обмежень без попереднього громадського обговорення**. Адже відповідно до ст. 19 ч. 1 Закону № 3038 громадським слуханням підлягають розроблені в установленому порядку проекти містобудівної документації на місцевому рівні: генеральні плани населених пунктів, плани зонування територій, детальні плани територій. Містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки до наведених вище документів не належать і проведення громадських слухань при їх отриманні закон не передбачає. Крім того, обов'язок організації і проведення таких слухань покладено законом на органи місцевого самоврядування. 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.

Пунктом 2.4 Порядку № 109 також передбачено лише одну підставу для відмови у видачі містобудівних умов та обмежень: невідповідність намірів забудови земельної ділянки положенням відповідної містобудівної документації на місцевому рівні.

ЯК ОСКАРЖИТИ

Прикладом оскарження виданих містобудівних умов і обмежень через, зокрема, проведення громадського обговорення з мешканцями прилеглих будинків є справа, розглянута Сумським окружним адміністративним судом за позовом ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_5 до Департаменту містобудування та земельних відносин Сумської міської ради, Управління державної архітектурно-будівельної інспекції у Сумській області, Державної архітектурно-будівельної інспекції України, про визнання нечинними та скасування містобудівних умов та обмежень забудови, скасування реєстрації декларації про початок виконання будівельних робіт[3].

Позивачі звернулися до суду з позовом, який мотивують тим, що Департаментом містобудування та земельних відносин Сумської міської ради видано містобудівні умови та обмеження для проектування та будівництва багатоповерхового будинку в м. Суми. Виданими умовами дозволено будівництво багатоквартирного багатоповерхового будинку на прибудинковій території прилеглого будинку. При цьому забудовниками знищено зелені насадження, позбавлено людей можливості відпочинку, будинок зводиться з порушенням будівельних норм щодо відстані від будинку позивачів, його інсоляції. Не прийнято до уваги, що в будинку, який зводиться, передбачено індивідуальне опалення, а через недотримання відстані до будинку позивачів продукти горіння котлів індивідуального опалення матимуть негативний вплив на їх здоров'я.

При видачі містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки відповідач порушив вимоги нормативних актів, якими регулюється їх видача. Так, не було проведено громадського обговорення з мешканцями прилеглих будинків. Виданими умовами та обмеженнями порушено містобудівну документацію. Надано дозвіл на проектування в кварталі реконструкції. При цьому детальний план території не розроблявся, без чого видача містобудівних умов та обмежень є незаконною. Замовником будівництва не оприлюднювалася містобудівна документація, не проведено узгодження спірних питань, хоча близько 200 мешканців прилеглого будинку виступають проти будівництва.

Вивчивши матеріали справи, суд вважає, що позов задоволенню не підлягає з наступних причин.

Склад, зміст, порядок надання містобудівних умов та обмежень визначаються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері будівництва, містобудування та архітектури. Як вбачається з наведених норм, спеціально уповноважений орган містобудування та архітектури при розгляді заяви про видачу містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки визначає відповідність намірів щодо забудови земельної ділянки вимогам містобудівної документації на місцевому рівні. Суд вважає безпідставним твердження позивачів про обов'язкове прийняття затвердження плану території як умову для видачі містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки. Відповідно до ч. 1, 4 ст. 19 Закону № 3038 детальний план у межах населеного пункту уточнює положення генерального плану населеного пункту та визначає планувальну організацію і розвиток частини території. Детальний план розробляється з метою визначення планувальної організації і функціонального призначення, просторової композиції і параметрів забудови та ландшафтної організації кварталу, мікрорайону, іншої частини території населеного пункту, призначених для комплексної забудови чи реконструкції. Детальний план території визначає, крім іншого, містобудівні умови та обмеження (у разі відсутності плану зонування території) або уточнення містобудівних умов та обмежень згідно з планом зонування території.

Судом установлено, що в березні 2014 року Замовник будівництва звернувся до Департаменту містобудування та земельних відносин Сумської міської ради з заявою про видачу містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки в м. Суми. До заяви було додано копії документів, що відповідає вимогам Порядку надання містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, їх склад та зміст. Заявники просили надати містобудівні умови та обмеження для будівництва на належній Замовнику ділянці багатоповерхового, багатоквартирного житлового будинку. Такі наміри відповідають генеральному плану міста та плану зонування території міста. За таких обставин Департамент містобудування та земельних відносин Сумської міської ради не мав визначених законом підстав для відмови у видачі таких умов та обмежень.

Суд вважає необґрунтованим твердження позивачів про неможливість видачі Замовнику містобудівних

[3] Зі справою № 818/653/15 ви можете ознайомитися у Реєстрі судових рішень за наступним посиланням: http://reyestr.court.gov.ua/Review/45200356

умов та обмежень без попереднього громадського обговорення. Містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки, що отримані ним, не належать до проекту містобудівної документації на місцевому рівні: генерального плану населеного пункту, плану зонування територій та детального плану територій, а отже, і проведення громадських слухань при їх отриманні закон не передбачає.

Прикладом незаконної відмови у видачі містобудівних умов та обмежень є справа, розглянута Хмельницьким міськрайонним судом за позовом ОСОБА_1 до Управління архітектури та містобудування про визнання протиправним і скасування рішення суб'єкта владних повноважень та зобов'язання вчинити певні дії[4]. В обґрунтування своїх позовних вимог позивач посилається на те, що в січні 2012 року у зв'язку з виконанням умов договору купівлі-продажу об'єкта незавершеного будівництва — кафе-бару на місці існуючого павільйону готовністю 95 % та вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності звернулася із заявою до головного архітектора міста Хмельницького з проханням надати їй містобудівні умови і обмеження на реконструкцію з добудовою незавершеного будівництва кафе-бару під кафе-бар та магазин непродовольчих товарів у м. Хмельницькому, на що отримала лист Управління архітектури та містобудування, який повідомив її, що в січні 2012 року на засіданні технічної ради, де проводився розгляд заяви, в задоволенні заяви було відмовлено у зв'язку з невирішеним спірним питанням з балансоутримувачем інженерних мереж ВАТ «Хмельницькгаз», відсутністю згоди власників суміжних приміщень на проведення добудови та необхідністю переукладення договору оренди землі за новою адресою.

Розглянувши матеріали справи, суд вважає, що право позивача на отримання містобудівних умов і обмежень безпідставно порушене, оскільки чинним законодавством передбачено лише одну підставу для відмови у видачі містобудівних умов та обмежень: невідповідність намірів забудови земельної ділянки положенням відповідної містобудівної документації на місцевому рівні.

З матеріалів справи також вбачається, що відповідач не надав позивачеві та його представникові рішення про відмову у видачі містобудівних умов та обмежень, чим порушив вимоги закону.

З аналізу законодавства, «Плану зонування території м. Хмельницького», який є містобудівним документом, що визначає умови та обмеження використання території міста для містобудівних потреб у межах визначених зон, та досліджених документів вбачається, що наміри позивача як забудовника не суперечать вимогам містобудівної документації на місцевому рівні. Разом з тим технічна рада не є спеціально уповноваженим органом містобудування та архітектури.

Суд визнав протиправною вимогу до Позивача про додаткове погодження реконструкції із власниками суміжних приміщень та вирішення будь-яких додаткових питань із ВАТ «Хмельницькгаз», керуючись ст. 19 Конституції України, і постановив позов задовольнити, визнати протиправною бездіяльність управління архітектури та містобудування, яка полягає у неприйнятті рішення при розгляді заяви ОСОБА_1 про надання містобудівних умов та обмежень на реконструкцію з добудовою незавершеного будівництва кафе-бару під кафе-бар та магазин непродовольчих товарів у м. Хмельницькому. Зобов'язати управління архітектури та містобудування надати ОСОБА_1 містобудівні умови та обмеження на реконструкцію з добудовою незавершеного будівництва кафе-бару під кафе-бар та магазин непродовольчих товарів в м. Хмельницькому.

Аналогічні рішення щодо питання оскарження відмови у видачі та вже виданих містобудівних умов та обмежень були прийняті Хмельницьким окружним адміністративним судом по справі № 822/3037/14, Тернопільським міськрайонним судом Тернопільської області по справі №607/7255/13-а, Золотоніським міськрайонним судом Черкаської області по справі № 2306/1105/1, Вищим адміністративним судом України по справі №К/800/51473/14, Ізмаїльським міськрайонним судом Одеської області по справі № 500/3773/15-а тощо.

ВІДЗИВ ВИДАНИХ МІСТОБУДІВНИХ УМОВ ТА ОБМЕЖЕНЬ

Крім того, закономірною практикою спеціально уповноважених органів містобудування та архітектури стає скасування чи так званий відзив уже виданих

[4] Зі справою № 2218/15403/2012 15 ви можете ознайомитися у Реєстрі судових рішень за наступним посиланням: http://reyestr.court.gov.ua/Review/30172550

містобудівних умов та обмежень. Тут також виникає питання правомочності таких дій органів державної влади чи органу місцевого самоврядування.

Як уже зазначалось вище, відповідно до вимог Закону № 3038 та Порядку № 109 містобудівні умови та обмеження надаються відповідними спеціально уповноваженими органами містобудування та архітектури на безоплатній основі, є чинними до завершення будівництва об'єкта незалежно від зміни замовника і підставою для відмови у видачі містобудівних умов та обмежень є невідповідність намірів забудови земельної ділянки положенням відповідної містобудівної документації на місцевому рівні.

Відповідно до ст. 17 ч. 1 Закону № 3038 генеральний план населеного пункту є основним видом містобудівної документації на місцевому рівні, призначеної для обґрунтування довгострокової стратегії планування та забудови території населеного пункту. Відповідно до роз'яснення Управління містобудування, архітектури та планування територій Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05.12.14 р. чинність наданих містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки не може бути зупинена у зв'язку з початком розроблення, внесення змін або оновлення містобудівної документації на місцевому рівні. При цьому чинне законодавство не містить норми, згідно з якою містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки можна анулювати або відкликати. Згідно із ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

З наведеного стає очевидним, що органи, яким надано повноваження видачі містобудівних умов та обмежень, своїми діями нерідко порушують законодавство та перевищують повноваження, приймаючи рішення про скасування чи відміну містобудівних умов, що неодноразово було визнано в судовому порядку.

Наприклад, Броварський міськрайонний суд Київської області розглянув справу за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Підприємство «Будконтракт» до Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області, начальника Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області — головного архітектора міста про визнання протиправним та скасування відклику[5].

Обґрунтовуючи заявлені вимоги, зазначив, що ТОВ «Підприємство «Будконтракт» уклало з Броварською міською радою Київської області договір оренди на земельну ділянку по вул. Фельдмана, 1 у м. Бровари Київської області. У подальшому підприємство отримало містобудівні та технічні умови й розпочало будівництво багатоквартирного житлового будинку. Однак у вересні 2014 року випадково дізналося, що містобудівні умови відкликані, хоча це й не передбачено чинним законодавством, а тому просить визнати протиправним та скасувати відклик.

Представник відповідача Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області в судовому засіданні заперечувала щодо задоволення позову та зазначила, що містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки не скасовані та не анульовані, а відклик не забороняє замовнику переглянути містобудівний розрахунок відповідно до вимог містобудівної документації та після усунення вищезазначених невідповідностей отримати містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки відповідно до чинного законодавства. Крім того, зазначила, що будівництво багатоквартирного будинку спричинило значний суспільний резонанс та викликало обурення мешканців мікрорайону.

Відповідач — начальник Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області — головний архітектор міста Бровари в судовому засіданні, яке відбулося 23.04.15 р., заперечувала щодо позовних вимог та зазначила, що будівництво оспорюваного багатоповерхового будинку перевищує нормативну щільність для зазначеного мікрорайону, крім того, недостатньо місця для будівництва дитячого садочка на 50 місяць. При видачі містобудівних умов зазначені обставини не були нею перевірені, оскільки законом установлений семиденний термін для видачі містобудівних умов. Зважаючи на допущені нею помилки при видачі містобудівних умов та з метою уникнення подальших помилок при будівництві, вона відкликала містобудівні умови. У судовому засіданні

[5] Зі справою № 361/8577/14-а 15 ви можете ознайомитися у Реєстрі судових рішень за наступним посиланням: http://reyestr.court.gov.ua/Review/44498318

начальник визнала, що її дії були неправомірними, оскільки відкликання містобудівних умов чинним законодавством не передбачено.

Суд, заслухавши пояснення представників сторін, вивчивши матеріали справи, повно та всебічно з'ясувавши обставини в справі, об'єктивно дослідивши докази, що мають юридичне значення для розгляду справи та вирішення спору по суті, знаходить позов таким, що підлягає частковому задоволенню.

Відповідно до п. 1.3 Порядку № 109 містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки є чинними до завершення будівництва об'єкта незалежно від зміни замовника. Зміни до містобудівних умов та обмежень можуть вноситися тільки за згодою замовника.

З наведених правових норм випливає, що перед наданням містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки начальник Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області встановила відповідність намірів забудови земельної ділянки положенням відповідної містобудівної документації та погодила будівництво. Але в подальшому їх відкликала.

Порядком надання містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, їх складом та змістом передбачено лише можливість внесення змін до містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, але в судовому засіданні встановлено, що Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області не зверталося з такою пропозицією до позивача.

Відповідно до роз'яснення Управління містобудування, архітектури та планування територій Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05.12.14 р. чинність наданих містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки не може бути зупинена у зв'язку з початком розроблення, внесення змін або оновлення містобудівної документації на місцевому рівні. При цьому чинне законодавство не містить норми, згідно з якою містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки можна анулювати або відкликати.

Виходячи з наведеного, позов у частині вимог до начальника Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області —головного архітектора міста Бровари підлягає задоволенню, оскільки чинним законодавством не передбачено можливості відклику містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, адже перед їх наданням детально вивчається можливість будівництва на відповідній земельній ділянці і лише в разі відповідності містобудівної документації на місцевому рівні погоджується будівництво (надається дозвіл на будівництво). У частині вимог до Управління містобудування та архітектури Броварської міської ради Київської області слід відмовити, оскільки доказів неправомірності їх дій представником позивача не надано.

Аналогічне рішення щодо цього питання було прийняте Окружним адміністративним судом міста Севастополя по справі № 827/961/13-а.

Отже, щоб захистити замовника і забудовника, юристи мають звертати увагу:

— по-перше, на відповідність намірів забудови земельної ділянки положенням відповідної містобудівної документації на місцевому рівні, а саме генеральному плану населеного пункту та зонуванню територій;

— по-друге, на наявність усього пакета документів для отримання містобудівних умов та обмежень, передбачених чинним законодавством України.

СВІДОК У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ:
ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Ольга Соловйова, адвокат,
доцент кафедри адміністративного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, к. ю. н.

Провадження у справах про адміністративні правопорушення супроводжується отриманням інформації, що має значення для об'єктивного з'ясування всіх обставин справи від різних суб'єктів, таких як правопорушник, свідок, потерпілий, спеціаліст та інші. Серед учасників, які сприяють розгляду та вирішенню справи про адміністративне правопорушення, важливе місце займають свідки. Від якості та повноти інформації, наданої юрисдикційному органу свідком, багато в чому залежать обґрунтованість рішення, що приймається по справі про адміністративне правопорушення, адекватність та законність накладення адміністративного стягнення.

ХТО Є СВІДКОМ

Свідок — особа, про яку є дані, що їй відомі які-небудь обставини, які підлягають установленню по справі про адміністративні правопорушення (ч. 1 ст. 272 Кодексу України про адміністративні правопорушення[1]).

При розгляді справи про адміністративне правопорушення з'ясуванню підлягають такі обставини: чи було вчинено адміністративне правопорушення, чи винна дана особа в його вчиненні, чи підлягає вона адміністративній відповідальності, чи є обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність, чи заподіяно майнову шкоду, чи є підстави для передачі матеріалів про адміністративне правопорушення на розгляд громадської організації, трудового колективу, а також з'ясувати інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Якщо є дані, що якій-небудь особі відомо щось про перелічені обставини, то така особа викликається для дачі пояснень у справі як свідок. Докази по справі про адміністративне правопорушення, встановлені поясненнями свідка, підлягають всебічному, повному і об'єктивному дослідженню та оцінюються на рівні та у сукупності з іншими доказами по справі.

Свідком може бути як особа, яка безпосередньо була очевидцем вчинення адміністративного правопорушення, так і особа, про яку стало відомо вже під час підготовки справи до розгляду.

УЧАСТЬ СВІДКА ПРИ СКЛАДАННІ ПРОТОКОЛУ

Законодавство про адміністративну відповідальність не передбачає обов'язкової участі свідка при оформленні матеріалів кожної справи про адміністративне правопорушення. Хоча окремі відомчі нормативно-правові акти вимагають обов'язкової

[1] Далі за текстом — КпАП.

присутності свідка при складанні протоколу по деяких адміністративних правопорушеннях. Так, в Інструкції з оформлення працівниками патрульної служби МВС матеріалів про адміністративні порушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, затвердженій наказом Міністерства внутрішніх справ України[2] від 10.07.15 р. № 842[3], зазначається, що у разі оформлення протоколу про адміністративне правопорушення, передбачене ч. 4 ст. 122, ч. 3 ст. 123, ч. 1 — 4 ст. 130 КпАП, наявність свідків є обов'язковою. І хоча обов'язкова присутність свідка встановлена не КпАП, а підзаконним нормативно-правовим актом, вважаємо це цілком доречною та виваженою позицією. Адже участь свідка в таких справах, як порушення правил дорожнього руху, що спричинили створення аварійної обстановки, в'їзд на залізничний переїзд у випадках, коли рух через переїзд заборонений, вчинене під час надання послуг з перевезення пасажирів або під час перевезення небезпечних вантажів, керування транспортними засобами в стані алкогольного чи іншого сп'яніння, дозволить встановити обставини вчинення конкретного правопорушення, уникнути як незаконного накладення адміністративного стягнення, так і безпідставного уникнення відповідальності. У таких випадках працівники патрульної служби МВС повинні використати всі можливі у них засоби для встановлення очевидців адміністративного правопорушення та зафіксувати відомості про них до протоколу.

У разі наявності свідка в момент вчинення правопорушення інформація про таку особу, її прізвище, ім'я, по батькові, адреса проживання повинні бути зазначені у протоколі про адміністративне правопорушення. Посадова особа, уповноважена складати протокол, зобов'язана записати всі відомості про особу з документів, що її посвідчують. Не допускається вживання інформації зі слів самого свідка чи осіб, що знаходилися з ним поряд. У подальшому це дозволить об'єктивно з'ясувати всі обставини справи для прийняття об'єктивного та справедливого рішення. На практиці трапляються випадки, коли при складанні протоколу щодо порушення правил дорожнього руху посадові особи спеціально уповноважених органів не залучають пасажирів транспортного засобу як свідків, аргументуючи їх зацікавленість. Це повною мірою суперечить положенням законодавства про адміністративну відповідальність та не відповідає принципу об'єктивності, закріпленому в КпАП. Тим більше, що законодавством не встановлюються обмеження щодо неможливості залучення таких осіб в якості свідків.

Протокол про адміністративне правопорушення може бути підписаний свідком, а так само до нього можуть бути долучені пояснення свідків. У разі відмови порушника від підписання протоколу про адміністративне правопорушення в ньому робиться запис про це, який засвідчується підписом свідків. Таким чином, законодавством надається юридичне значення участі свідка під час складання протоколу про адміністративне правопорушення.

УЧАСТЬ СВІДКА ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ

Законодавство про адміністративну відповідальність вимагає при застосуванні окремих заходів забезпечення провадження обов'язкової участі свідка. Так, згідно з ч. 2 ст. 266 КпАП огляд водія (судноводія) на стан алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або щодо перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують його увагу та швидкість реакції, проводиться поліцейським у присутності двох свідків з використанням спеціальних технічних засобів. У разі відмови водія транспортного засобу від проведення огляду в закладі охорони здоров'я посадова особа патрульної служби МВС в присутності двох свідків складає протокол про адміністративне правопорушення, у якому зазначає ознаки сп'яніння і дії водія щодо ухилення від огляду. По-перше, присутність свідка при застосуванні таких заходів «убезпечить» особу, щодо якої вони здійснюються, від незаконних дій з боку посадових осіб спеціально уповноважених органів. По-друге, дозволить посадовій особі, уповноваженій на складання протоколу, зафіксувати правдиві ознаки сп'яніння, поведінку правопорушника щодо уникнення від огляду та інші обставини, необхідні для правильного вирішення справи при накладенні адміністративного стягнення.

[2] Далі за текстом — МВС.

[3] Далі за текстом — Інструкція № 842.

СВІДОК ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ СПРАВИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ

У якості свідка може бути викликана особа, яка в процесі розгляду справи надає пояснення про особу правопорушника, обставини, що можуть пом'якшити чи обтяжити адміністративну відповідальність. Крім того, потерпілого також може бути опитано як свідка відповідно до ст. 272 КпАП.

Підставою участі свідка в провадженні по справі про адміністративне правопорушення є виклик давати пояснення. У будь-якому разі викликом свідка для дачі пояснень є повістка, яка вручається за 3 доби до дня розгляду справи в суді, в якій зазначаються дата і місце розгляду справи. Щодо форми виклику свідка до інших органів, які уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення, то вона залишається законодавчо неврегульованою.

ВИМОГИ ДО СВІДКА

Законодавством про адміністративну відповідальність не встановлюються окремі вимоги до свідка щодо віку, фізичного чи психологічного стану тощо. Значить, можливість давати пояснення як свідок по справі про адміністративне правопорушення неповнолітньою особою чи особою, яка має психічні вади, встановлюється в кожному конкретному випадку уповноваженою посадовою особою залежно від здатності особи сприймати події, поведінку оточуючих тощо.

Інколи на практиці трапляються випадки, коли в якості свідка запрошують працівників органів, уповноважених складати протокол про адміністративне правопорушення. І хоча КпАП не містить вказівки щодо цього, ми вважаємо недопустимим залучати посадових осіб органів, уповноважених складати протокол про адміністративне правопорушення у якості свідків, адже на цих осіб покладається обов'язок встановлення обставин вчинення проступку та об'єктивна їх фіксація у протоколі про адміністративне правопорушення. Тобто особа, яка при вчиненні правопорушення виконує повноваження щодо контролю за дотриманням правил в певній сфері, виявлення та фіксації правопорушень, не може виступати свідком по справі.

Крім того, законодавством про адміністративну відповідальність не встановлюється перелік осіб, на відміну від іншого процесуального законодавства, які не можуть бути допитані у якості свідка (ст. 65 Кримінального процесуального кодексу України[4], ст. 51 Цивільного процесуального кодексу України[5], ч. 2 ст. 65 Кодексу адміністративного судочинства України[6]). Таким чином, свідком може бути будь-яка особа, стосовно якої в уповноваженого органу (посадової особи), в провадженні якого перебуває справа про адміністративне правопорушення, є дані, що їй відомі обставини, які стосуються справи, що підлягають установленню.

Але крім процесуальних законів, які регламентують порядок розгляду різних категорій справ, є законодавство, що стосується особливостей статусу тих чи інших суб'єктів. Виключення, передбачені такими нормативно-правовими актами, можуть бути застосовані і до можливості залучати у якості свідків у справах про адміністративні правопорушення певних категорій осіб. Так, п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» забороняє вимагати від адвоката, його помічника, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, що є адвокатською таємницею. Таким чином не може давати пояснення особа, яка виступає адвокатом по справі про адміністративні правопорушення у якості свідка.

Закон України від 23.04.91 р. № 987 «Про свободу совісті та релігійні організації» також забороняє вимагати від священнослужителів відомостей, одержаних ними при сповіді віруючих (ч. 5 ст. 3).

Так само не можуть будуть опитані в якості свідків недієздатні фізичні особи, а також особи, які перебувають на обліку чи на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі і не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання (п. 1 ч. 1 ст. 51 ЦПК).

[4] Далі за текстом — КПК.

[5] Далі за текстом — ЦПК.

[6] Далі за текстом — КАС.

ПРАВА, ОБОВ'ЯЗКИ, ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СВІДКА

У свідка, як і у будь-якого іншого учасника провадження у справах про адміністративні правопорушення, є певні права і обов'язки. Так, свідок має право надавати пояснення рідною мовою або користуватися послугами перекладача у випадку, коли він не володіє мовою, якою ведеться провадження. Також він має право надавати пояснення усно або письмово. Інформація, отримана від свідка, підлягає оцінці, повному і об'єктивному дослідженню і порівнянню з іншими доказами в їх сукупності. Згідно зі ст. 275 КпАП свідок має право на відшкодування у встановленому порядку витрат, які він зазнав у зв'язку з явкою в орган (до посадової особи), в провадженні якого перебуває справа про адміністративне правопорушення. За ним зберігається у встановленому порядку середній заробіток за місцем роботи за час відсутності у зв'язку з викликом.

Щодо обов'язків, то свідок зобов'язаний з'явитися на виклик органу (посадової особи), у провадженні якого перебуває справа, в зазначений час, дати правдиві пояснення, повідомити все відоме йому по справі і відповісти на поставлені запитання. До того ж ст. 185[3] КпАП встановлюється відповідальність свідка за неповагу до суду, що виразилась у злісному ухиленні його від явки в суд або в непідкоренні розпорядженню головуючого чи в порушенні порядку під час судового засідання, а так само за вчинення дій, які свідчать про явну зневагу до суду або встановлених у суді правил. Крім того, ст. 185[4] КпАП передбачає відповідальність за злісне ухилення свідка від явки до органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування.

Аналізуючи положення КпАП, можна дійти висновку, що законодавець не встановлює відповідальності свідка за відмову давати пояснення у справах про адміністративне правопорушення, а так само за дачу неправдивих пояснень. Згідно зі ст. 63 Конституції України особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Стаття 384 Кримінального кодексу України[7] передбачає кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання свідка під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України або в суді. І так само ст. 385 КК встановлює відповідальність свідка за відмову від давання показань у суді або під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України. КК регламентує відповідальність свідка тільки як учасника провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради України або в суді при дачі показань. Відповідальність свідка передбачається за відмову давати показання та за завідомо неправдиві показання під час розгляду цивільних, кримінальних та адміністративних справ. КпАП же встановлює обов'язок свідка давати пояснення, а не показання, що виключає можливості застосування до нього кримінальної відповідності. Таким чином, можна говорити про адміністративну відповідальність свідка за відмову давати пояснення чи неправдиві пояснення лише в тому випадку, якщо його дії (бездіяльність) свідчать про явну зневагу до суду та виразились у злісному ухиленні від явки в суд, в непідкоренні розпорядженню головуючого, в порушенні порядку під час судового засідання. В усіх інших випадках слід констатувати, що відповідальність свідка у справах про адміністративні правопорушення залишається нормативно неврегульованою.

[7] Далі за текстом — КК.

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ
У СПРАВІ ПРО ВИЗНАННЯ ДОГОВОРУ ІПОТЕКИ ПРИПИНЕНИМ, ПРИПИНЕННЯ ОБТЯЖЕННЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА, ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПОВЕРНУТИ ДОКУМЕНТИ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 09.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-939цс15, предметом якої був спір про визнання договору іпотеки припиненим, припинення обтяження нерухомого майна та зобов'язання повернути документи на предмет іпотеки.

Суд зробив правовий висновок про те, що ст. 526 Цивільного кодексу України[1] визначено загальні умови виконання зобов'язання, а саме: зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай висуваються.

Згідно зі ст. 598 ЦК зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом.

Відповідно до ст. 599 ЦК зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином.

Законом України «Про іпотеку» встановлено, що іпотека припиняється у разі: припинення основного зобов'язання або закінчення строку дії іпотечного договору; реалізації предмета іпотеки відповідно до цього Закону; набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки; визнання іпотечного договору недійсним; знищення (втрати) переданої в іпотеку будівлі (споруди); з інших підстав, передбачених Законом (ст. 17).

Відомості про припинення іпотеки підлягають державній реєстрації у встановленому законодавством порядку.

Згідно з ч. 3 і 4 ст. 653 ЦК якщо договір змінюється або розривається в судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду про зміну або розірвання договору законної сили. Сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом.

За загальним правилом розірвання договору припиняє його дію на майбутнє, але не скасовує сам факт укладення та дії договору включно до моменту його розірвання, а також залишає в дії окремі його умови щодо зобов'язань сторін, спеціально передбачених для застосування на випадок порушення зобов'язань і після розірвання договору, з огляду на характер цього договору, за яким кредитор повністю виконав умови договору до його розірвання.

Отже, аналіз зазначених норм показує, що припинення зобов'язання можливе за умови його належного виконання, що проведено належним чином, а розірвання кредитного договору не є підставою для припинення іпотеки, якою може забезпечуватися виконання зобов'язання, що виникло до набрання законної сили рішенням суду про розірвання договору.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/ clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/CC2634BE4D985C08C2257EBD00496207

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ
У СПРАВІ ПРО СТЯГНЕННЯ ЗАБОРГОВАНОСТІ ТА ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 09.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-483цс15, предметом якої був спір про стягнення заборгованості та звернення стягнення на предмет іпотеки.

Суд зробив правовий висновок про те, що 07.06.14 р.

[1] Далі за текстом — ЦК.

набув чинності Закон України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті», згідно з п. 1 якого не може бути примусово стягнуте (відчужене без згоди власника) нерухоме житлове майно, яке вважається предметом застави згідно із ст. 4 Закону України «Про заставу» та/або предметом іпотеки згідно із ст. 5 Закону України «Про іпотеку», якщо таке майно виступає як забезпечення зобов'язань громадянина України (позичальника або майнового поручителя) за споживчими кредитами, наданими йому кредитними установами — резидентами України в іноземній валюті, та за умови, що:

таке нерухоме житлове майно використовується як місце постійного проживання позичальника / майнового поручителя або є об'єктом незавершеного будівництва нерухомого житлового майна, яке перебуває в іпотеці, за умови, що у позичальника або майнового поручителя у власності не знаходиться інше нерухоме житлове майно;

загальна площа такого нерухомого житлового майна (об'єкта незавершеного будівництва нерухомого житлового майна) не перевищує 140 кв. м для квартири та 250 кв. м для житлового будинку.

Поняття мораторій у цивільному законодавстві визначається як відстрочення виконання зобов'язання (п. 2 ч. 1 ст. 263 ЦК).

Таким чином, установлений Законом України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» мораторій не передбачає втрату кредитором права на звернення стягнення на предмет іпотеки (застави) у випадку невиконання боржником зобов'язань за договором, а лише тимчасово забороняє примусове стягнення на майно (відчуження без згоди власника).

Крім того, згідно з п. 4 Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» протягом дії цього Закону інші закони України з питань майнового забезпечення кредитів діють з урахуванням його норм.

Оскільки вказаний Закон не зупиняє дії решти нормативно-правових актів, що регулюють забезпечення зобов'язань, то й не може бути мотивом для відмови в позові, а є правовою підставою, що унеможливлює вжиття органами і посадовими особами, які здійснюють примусове виконання рішень про звернення стягнення на предмет іпотеки та провадять конкретні виконавчі дії, заходів, спрямованих на примусове виконання таких рішень стосовно окремої категорії боржників чи іпотекодавців, які підпадають під дію цього Закону на період його чинності.

Разом з тим рішення суду в частині звернення стягнення на предмет іпотеки на час дії Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» не підлягає виконанню.

Отже, в справі, яка переглядається, суди дійшли передчасного висновку про те, що з набуттям чинності Законом України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» неможливо звернути стягнення на предмет іпотеки. Чинність цього Закону на час вирішення спору сама по собі не може бути підставою для відмови в захисті порушеного права.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/D6D2E22F1B276DE7C2257EBD0047D60A

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ПРОЖИВАННЯ ТА ВИЗНАННЯ ІПОТЕЧНОГО ДОГОВОРУ НЕДІЙСНИМ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 09.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-405цс15, предметом якої був спір про встановлення факту проживання та визнання іпотечного договору недійсним.

Суд висловив таку правову позицію. Відповідно до ч. 3 ст. 29 ЦК місцем проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти 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 прожи-

вання не встановлено за згодою між дитиною та батьками (усиновлювачами, опікуном) або організацією, яка виконує щодо неї функції опікуна.

Згідно з ч. 2 та 3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» діти члена сім'ї наймача або власника житлового приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем. Органи опіки та піклування зобов'язані здійснювати контроль за додержанням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей при відчуженні жилих приміщень та купівлі нового житла.

Частиною 3 ст. 17 Закону України «Про охорону дитинства» передбачено, що батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування, наданого відповідно до закону, укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати поділ, обмін, відчуження житла, зобов'язуватися від імені дитини порукою, видавати письмові зобов'язання.

Батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти правочини щодо її майнових прав, у тому числі й відмовлятися від майнових прав дитини (п. 3 ч. 2 ст. 177 Сімейного кодексу України).

У ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» зазначено, що держава охороняє і захищає права та інтереси дітей при вчиненні правочинів щодо нерухомого майна. Неприпустимим є зменшення або обмеження їхніх прав і охоронюваних законом інтересів.

Правочин може бути визнаний недійсним лише з підстав, визначених законом, та із застосуванням наслідків недійсності, передбачених законом (п. 7 постанови Пленуму ВСУ від 06.11.09 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»).

Відповідно до ч. 1 ст. 215 ЦК підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені ч. 1 — 3, 5 та 6 ст. 203 цього Кодексу.

Згідно із ч. 6 ст. 203 ЦК правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Отже, укладення батьками правочинів, предметом яких є житлові приміщення, право користування якими мають малолітні або неповнолітні діти, без попередньої згоди органу опіки та піклування є підставою для визнання цих правочинів недійсними, як передбачено ст. 203 і 215 ЦК.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/1411E8FEDE149CC7C2257EC4002BF27F

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 16.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-495цс15, предметом якої був спір про звернення стягнення на предмет іпотеки.

Суд висловив таку правову позицію. У разі скасування незаконного судового рішення про визнання іпотеки недійсною, на підставі якого з Державного реєстру іпотек виключено запис про обтяження, дія іпотеки підлягає відновленню з моменту вчинення первинного запису, який виключено на підставі незаконного рішення суду, оскільки відпала підстава виключення цього запису. Це означає, що іпотека є дійсною з моменту внесення про неї первинного запису в Державний реєстр іпотек.

Зазначений висновок узгоджується і з положенням ст. 204 ЦК, яка закріплює презумпцію правомірності правочину. Ця презумпція означає, що вчинений правочин вважається правомірним, тобто таким, що породжує, змінює або припиняє цивільні права й обов'язки, доки ця презумпція не буде спростована, зокрема, на підставі рішення суду, яке набрало законної сили.

Таким чином, у разі неспростування презумпції правомірності договору (у справі, що переглядається, у зв'язку зі скасуванням судового рішення) усі права, набуті сторонами правочину за цим договором, повинні безперешкодно здійснюватися, а створені обов'язки підлягають виконанню.

Тому ухвалення судом рішення про недійсність договору іпотеки, яке згодом було скасоване, не спрос-

товує презумпції правомірності правочину, а договір іпотеки (права й обов'язки сторін) залишається чинним з моменту його первинної реєстрації в Державному реєстрі іпотек.

Отже, суд дійшов правильного висновку щодо збереження обтяження майна іпотекою внаслідок скасування рішення суду про виключення з Державного реєстру іпотек запису про обтяження цього майна іпотекою та про поширення на відповідачів відповідно до ст. 23 Закону України «Про іпотеку» статусу іпотекодавців за іпотечним договором з огляду на те, що до них перейшло право власності на квартиру, яка є складовою частиною предмета іпотеки.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/F1FC035ADE347279C2257EC80020C406

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО СТЯГНЕННЯ ЗАБОРГОВАНОСТІ ЗА КРЕДИТНИМ ДОГОВОРОМ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 16.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-190цс15, предметом якої був спір про стягнення заборгованості за кредитним договором.

Суд висловив таку правову позицію. Статтею 1054 ЦК передбачено, що за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» кошти є грошима в національній або іноземній валюті чи їх еквівалент; у ст. 47 та 49 цього Закону визначені операції банків із розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик як кредитні операції незалежно від виду валюти, яка використовується. Ці кредитні операції здійснюються на підставі банківської ліцензії та письмового дозволу.

Законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України — гривня. Іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, встановлених законом (ст. 192 ЦК).

Відповідно до ст. 533 ЦК грошове зобов'язання має бути виконане у гривнях. Якщо у зобов'язанні визначено грошовий еквівалент в іноземній валюті, сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом. Використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями допускається у випадках, порядку та на умовах, встановлених законом.

Такий порядок встановлено Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.93 р. № 15-93, ст. 5 якого визначено, що операції з валютними цінностями здійснюються на підставі генеральних та індивідуальних ліцензій НБУ. Операції з валютними цінностями банки мають право здійснювати на підставі письмового дозволу (генеральна ліцензія) на здійснення операцій з валютними цінностями відповідно до п. 2 ст. 5 цього Декрету.

У зв'язку з наведеним вище слід дійти висновку про те, що не суперечить чинному законодавству України стягнення заборгованості за кредитним договором в іноземній валюті, якщо саме вона надавалась за договором і позивач просить стягнути суму у валюті. Разом зі стягненням заборгованості в іноземній валюті суд має право стягнути й проценти за кредитним договором в іноземній валюті, оскільки такий процент є не фінансовою санкцією, а платою за користування грошима.

Отже, вирішуючи спір про стягнення боргу за кредитним договором в іноземній валюті, суд повинен установити наявність в банку ліцензії на здійснення операцій з валютними цінностями, а встановивши вказані обставини, — стягнути грошову суму в іноземній валюті.

Відповідно до ст. 5 ЦК 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.

16.10.11 р. вступив у силу Закон України від 22.09.11 р. № 3795-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг», згідно з яким ч. 1 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» було доповнено абз. 3, відповідно до якого надання (отримання) споживчих кредитів в іноземній валюті на території України забороняється.

У справі, яка є предметом перегляду, кредитний договір укладено сторонами 23.08.07 р. На час укладення цього кредитного договору Закон України «Про захист прав споживачів» не передбачав заборони на надання споживчих кредитів в іноземній валюті.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/79AB2EEA6CD44243C2257EC8002102BE

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО РОЗІРВАННЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ, СТЯГНЕННЯ ЗАБОРГОВАНОСТІ ЗА КРЕДИТНИМ ДОГОВОРОМ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 02.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-667цс15, предметом якої був спір про розірвання кредитного договору, стягнення заборгованості за кредитним договором.

Суд висловив таку правову позицію. За змістом ч. 1 ст. 512 ЦК кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок передання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги).

Заміна кредитора у зобов'язанні не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора (ст. 515 ЦК).

За ст. 1 Закону України «Про кредитні спілки» кредитна спілка — це неприбуткова організація, заснована фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки. Кредитна спілка є фінансовою установою, виключним видом діяльності якої є надання фінансових послуг, передбачених цим Законом.

Статтею 21 цього Закону визначено види господарської діяльності кредитної спілки, а п. 11 ч. 1 цієї статті врегульовано, що провадження кредитною спілкою іншої діяльності, крім передбаченої Законом, не допускається.

Отже, кредитна спілка як кредитодавець з огляду на особливості правового статусу, визначеного законом, не має права відступати право вимоги за кредитним договором, оскільки такі повноваження законом не передбачені.

Ураховуючи, що спірні зобов'язання випливають з кредитного договору, укладеного кредитною спілкою з фізичною особою, надання кредитних коштів здійснено за рахунок об'єднання грошових внесків членів кредитної спілки, такі зобов'язання тісно пов'язані з особою кредитора і в силу положень ст. 515 ЦК заміна кредитора у таких зобов'язаннях не допускається, немає правових підстав для задоволення позовних вимог про розірвання кредитного договору та стягнення заборгованості за кредитним договором, оскільки відступлення права вимоги не спричиняє правових наслідків.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/F09C09077114BB79C2257EC80027634F

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ДЕРЖАВНИХ АКТІВ ТА ВИТРЕБУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 16.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-68цс15, предметом якої був спір про визнання незаконними та скасування розпоряджень, визнання недійсними державних актів і скасування їх державної реєстрації, визнання недійсними договорів купівлі-продажу та витребування земельної ділянки.

Суд висловив таку правову позицію. Пунктом 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод[2], ратифікованої Законом України від 17.07.97 р. № 475/97-ВР «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції», яка набрала чинності для України 11.09.97 р., передбачено, що кожен має право на розгляд його справи судом.

Європейський суд з прав людини, юрисдикція якого поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції (п. 1 ст. 32 Конвенції), наголошує, що «позовна давність — це законне право правопорушника уникнути переслідування або притягнення до суду після закінчення певного періоду після скоєння правопорушення. Термін позовної давності, що є звичайним явищем у національних законодавствах держав — учасників Конвенції, виконує кілька завдань, в тому числі забезпечує юридичну визначеність та остаточність, запобігаючи порушенню прав відповідачів, які можуть трапитись у разі прийняття судом рішення на підставі доказів, що стали неповними через сплив часу» (п. 570 рішення від 20.09.11 р. за заявою № 14902/04 у справі ВАТ «Нафтова компанія «Юкос» проти Росії»; п. 51 рішення від 22.10.96 р. за заявами № 22083/93, 22095/93 у справі «Стаббінгс та інші проти Сполученого Королівства»).

Відповідно до ст. 257 ЦК загальна позовна давність встановлюється тривалістю у три роки.

При цьому відповідно до ч. 1 та 5 ст. 261 ЦК перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила.

Положеннями ст. 268 ЦК передбачено винятки із загального правила про поширення позовної давності на всі цивільні правовідносини і визначено вимоги, на які позовна давність не поширюється, зокрема у п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК зазначено, що на вимогу власника або іншої особи про визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, яким порушено його право власності або інше речове право, позовна давність не поширюється.

Однак п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК за своєю суттю направлений на захист прав власників та інших осіб від держави.

Оскільки держава зобов'язана забезпечити належне правове регулювання відносин і відповідальна за прийняті її органами незаконні правові акти, їх скасування не повинне ставити під сумнів стабільність цивільного обороту, підтримувати яку покликані норми про позовну давність, тому, на відміну від інших учасників цивільних правовідносин, держава несе ризик спливу строку позовної давності на оскарження нею незаконних правових актів державних органів, якими порушено право власності чи інше речове право.

Отже, з огляду на статус держави та її органів як суб'єктів владних повноважень, положення п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК не поширюються на позови прокуратури, які пред'являються від імені держави і направлені на захист права державної власності, порушеного незаконними правовими актами органу державної влади.

На такі позови поширюється положення ст. 257 ЦК щодо загальної позовної давності, і на підставі ч. 1 ст. 261 цього Кодексу перебіг позовної давності починається від дня, коли держава в особі її органів як суб'єктів владних повноважень довідалася або могла довідатися про порушення прав і законних інтересів.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/09108B57F80FB894C2257ECB002126E2

[2] Далі за текстом — Конвенція.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО ВИЗНАННЯ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ НЕДІЙСНИМ ТА ПОВЕРНЕННЯ МАЙНА

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 16.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-101цс15, предметом якої був спір про визнання договору купівлі-продажу недійсним та повернення майна.

Суд висловив таку правову позицію. Так, за змістом ст. 203 і 215 ЦК підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною вимог, які встановлені ч. 1 — 3, 5 і 6 ст. 203 цього Кодексу.

Кожна із цих вимог є самостійною підставою недійсності правочину.

Право продажу товару, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, належить власнику товару (ст. 658 ЦК).

Від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідно органи державної влади. Управління майном, що є у державній власності, здійснюється державними органами, а у випадках, передбачених законом, може здійснюватися іншими суб'єктами (ст. 326 ЦК).

На час виникнення спірних правовідносин механізм та способи відчуження об'єктів державної власності визначались Законом України «Про управління об'єктами державної власності» та Порядком відчуження об'єктів державної власності, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 06.06.07 р. № 803.

Згідно з положеннями ст. 244 ЦК представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю. Представництво за довіреністю може ґрунтуватися на акті органу юридичної особи. Довіреністю є письмовий документ, що видається однією особою іншій для представництва перед третіми особами. Довіреність на вчинення правочину представником може бути надана особою, яку представляють (довірителем), безпосередньо третій особі.

Представництво за довіреністю припиняється у разі: 1) закінчення строку довіреності; 2) скасування довіреності особою, яка її видала; 3) відмови представника від вчинення дій, що були визначені довіреністю; 4) припинення юридичної особи, яка видала довіреність; 5) припинення юридичної особи, якій видана довіреність (ст. 248 ЦК).

Згідно зі ст. 261 ЦК перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила.

Звертаючись до суду із заявою про захист прав громадян та державних інтересів, прокуратура реалізує конституційну функцію представництва інтересів громадянина або держави у суді.

Установивши, що на час укладення спірного договору купівлі-продажу відчуження об'єктів державної власності повинне було здійснюватися на підставі вказаного вище Порядку (у редакції, яка була чинною на час виникнення спірних правовідносин), суд апеляційної інстанції, з висновками якого погодився касаційний суд, дійшов обґрунтованих висновків про те, що відчуження спірного приміщення магазину, що є об'єктом державної власності, відбулося з порушенням вимог указаного Порядку, зокрема без згоди та/або погодження на відчуження майна суб'єкта управління та Фонду державного майна; що спірний договір купівлі-продажу був укладений від імені концерну «В.» особою, яка не мала повноважень на вчинення дій щодо відчуження державного нерухомого майна, закріпленого на праві господарського відання за цим концерном, оскільки довіреність, що видана раніше Міністром оборони України, була на той час визнана недійсною та відкликана окремим дорученням Міністра оборони України, та про те, що прокурор звернувся з позовом до суду в інтересах держави в особі Міноборони України в межах установленої ст. 261 ЦК позовної давності, а відтак укладений сторонами договір у силу положень ст. 215 і 216 цього Кодексу підлягає визнанню недійсним.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/2488FA88C22BBB9AC2257ED10028CF42

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ
У СПРАВІ ПРО СТЯГНЕННЯ В ПОРЯДКУ РЕГРЕСУ ВИТРАТ ЗІ СПЛАТИ СТРАХОВОГО ВІДШКОДУВАННЯ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 16.09.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-284цс15, предметом якої був спір про стягнення в порядку регресу витрат зі сплати страхового відшкодування.

Суд висловив таку правову позицію. Відповідно до п.п. «ґ» п.п. 38.1.1 п. 38.1 ст. 38 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» (у редакції, яка була чинною на момент виникнення спірних правовідносин) страховик після виплати страхового відшкодування має право подати регресний позов до страхувальника або водія забезпеченого транспортного засобу, який спричинив ДТП, якщо він не повідомив страховика у строки і за умов, визначених у п.п. 33.1.2 п. 33.1 ст. 33 цього Закону.

Із внесенням Законом України від 17.02.11 р. № 3045-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дорожньо-транспортних пригод та виплати страхового відшкодування» змін у ст. 33 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» було розширено перелік обов'язків учасників ДТП, у зв'язку з чим обов'язок вжиття заходів для невідкладного, але не пізніше трьох робочих днів повідомлення страховика про настання ДТП був викладений уже в п.п. 33.1.4 п. 33.1 ст. 33 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів». Проте вказані зміни, що стосуються нумерації зазначеного підпункту, до п.п. «ґ» п.п. 38.1.1 п. 38.1 ст. 38 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», у якому міститься відсилання на відповідні номери пунктів та підпунктів ст. 33 цього Закону щодо строків та умов обов'язкового повідомлення страховика про настання ДТП, внесені не були.

Підпунктом 33.1.4 п. 33.1 ст. 33, п.п. «ґ» п.п. 38.1.1 п. 38.1 ст. 38 Закону України від 01.07.04 р. № 1961-IV «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» (у редакції, яка була чинною на момент виникнення спірних правовідносин) установлено обов'язок особи невідкладно, але не пізніше трьох робочих днів з дня настання дорожньо-транспортної пригоди[3], яка може бути підставою для здійснення страхового відшкодування, письмово повідомити страховика про настання ДТП. Такий обов'язок установлений законодавством для надання страховику можливості перевірити обставини ДТП власними силами і запобігти необґрунтованим виплатам.

Оскільки судами у справі, яка переглядається, встановлено, що факт настання страхового випадку ніким не оспорюється; він зафіксований правоохоронними органами; відповідач як особа, винна в ДТП, притягнутий до адміністративної відповідальності; сам позивач його визнав, добровільно сплативши страхове відшкодування, тому сам по собі факт неповідомлення відповідачем страховику про настання страхового випадку не може бути покладений в основу ухвалення рішення, яке в своїй основі повинно базуватись на загальних положеннях про відшкодування збитків у позадоговірних зобов'язаннях, адже регресні зобов'язання входять до групи позадоговірних, тому спори з них мають вирішуватись у загальному порядку відшкодування збитків.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (http://www.scourt.gov.ua) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» за наступним посиланням: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/C49033FA7E47234AC2257EC900220D2A

[3] Далі за текстом — ДТП.

ЯК УНИКНУТИ КОНФЛІКТУ

Олексій Зімовін,
практикуючий психолог

«Язик мій — ворог мій», — міг би сказати досвідчений адвокат, але одразу б довелося додати: «… і моя зброя». Річ у тім, що спілкування, в якому йому доводиться брати участь, по суті своїй, украй напружене… Необережна фраза, неправильно підібране слово, невдалий жарт може викликати в іншої сторони (судді, прокурора, підзахисного, свідка) неприємні емоції, у всьому їх спектрі: від образи до роздратування, що у свою чергу легко призводить до виникнення конфлікту. А вже цей останній не забуде зруйнувати всяку співпрацю, посварити сторони і перешкодити досягненню професійних цілей адвоката. Як же не наразитися на конфлікт? Давайте розбиратися!

ЯК НІ З ЧОГО ВИНИКАЄ КОНФЛІКТ

Один із механізмів виникнення конфлікту, що зустрічаються найчастіше, можна позначити просто — зачепити співрозмовника за живе. А можна і по-науковому — в основі конфлікту лежить ескалація конфліктогенів. Останнє формулювання належить В. Шейнову.

Що таке конфліктоген? Це слово чи дія, можливо навіть і бездіяльність, що може призвести до конфлікту. Ось це «може» вказує на імовірнісну природу виникнення конфлікту: одна людина спокійно вислуховує найнеприємнішу інформацію, а інша «вибухає» від звичайнісіньких речей — і вгадати, що ж усе-таки буде, складно. Через це ми нерідко втрачаємо пильність і інколи кажемо або робимо щось не подумавши, чим зачіпаємо та ображаємо співрозмовника.

А причому тут ескалація? О, це зовсім неприємна закономірність! Адже люди схильні відповідати конфліктогеном на конфліктоген, але це ще півбіди. Уся біда в тому, що кожен наступний конфліктоген прагне бути сильнішим за попередній. Тобто у відповідь на образливий вислів людина прагнутиме сказати своєму співрозмовнику щось іще образливіше. Виграє, зрозуміло, той, хто розірве це порочне коло. Якщо цього не зробити, то конфлікт розгоратиметься все сильніше і сильніше.

Так, адвокат міг сказати просто в цілях установлення контакту: «Яка у Вас красива сукня!». А у відповідь отримати знервоване: «А сама я що не красива?!». «Ну що Ви, тільки не вередуйте», — може спробувати розрядити ситуацію він. «Ох, так я ще й вередлива? А Ви — грубіян!». «Це я грубіян?! А Ви…». Ось такий дещо утрируваний приклад того, як легко можна влаштувати конфлікт ні з чого, якщо не усвідомлювати те, що деякі слова мають додаткові відтінки сенсу.

Приклад ілюструє і ще одну важливу думку. Здавалося б, що такого сказав адвокат своєю першою фразою?! Адже дійсно, просто намагався зробити комплімент. Виявляється, використовуючи ті чи інші слова, потрібно бути уважним до того, як їх почує інша сторона. Як показує практика, той, хто говорить, рідко усвідомлює, що він ужив конфліктоген, зате той, хто слухає, уже встиг образитися. Усе як у прислів'ї: «У чужім оці порошинку бачу, а у своєму пенька не помічаю». Тільки в нашому випадку замість очей — поведінка та мовлення. Ось і жінка з прикладу розгледіла у словах партнера зі спілкування те, чого в них не те щоб зовсім не було, але якщо й було, то в дуже малій кількості — образу.

Отже, уникнути конфлікту легко — потрібно просто не вживати конфліктогени. Але ж для цього потрібно знати, якими вони бувають. Давайте познайомимося ближче.

ЯКИМИ БУВАЮТЬ КОНФЛІКТОГЕНИ

Конфліктні відносини — не рівні відносини. Адже саме рівність передбачає справжню та ефективну співпрацю. Відповідно можна виділити дві великі групи конфліктогенів: «батьківські», коли людина підноситься над партнером зі спілкування (накази, зауваження, оцінки), і «дитячі», коли вона займає підлеглу позицію (сперечання, перекладання відповідальності, обман). Розглянемо детальніше.

Зрозуміло, що найнебезпечнішим, але і найочевиднішим конфліктогеном є пряме негативне ставлення. Воно може бути виражене в погрозі, наказі, зауваженні, неконструктивній критиці, звинуваченні, кепкуванні, знущанні, сарказмі тощо. У спілкуванні з людьми необхідно уникати їх. Так, замість того, щоб вимагати: «Ви зобов'язані це зробити, інакше я Вас…», краще вжити форму: «Зробіть, будь ласка…». У першому випадку ми наказуємо і погрожуємо, у другому — озвучуємо прохання. Той, хто просить, завжди має більше шансів отримати бажане, ніж той, хто вимагає. Коли необхідно зробити критичне зауваження, потрібно бути дуже тактовним. Майже всі люди реагують на нього не найкращим чином. Пом'якшити критику вам допоможе правило: позитив — негатив — позитив. Спочатку потрібно сказати щось хороше, похвалити людину та її дії. Потім висловити зауваження, важливо тільки, щоб воно стосувалося саме дій людини чи її думки, але не її особистості. Закінчити вислів потрібно знову ж таки на мажорній ноті. І, звичайно, дуже обережно з жартами! З одного боку, добрий гумор дозволяє розрядити обстановку, зняти напругу і встановити тепліші відносини, але з іншого — будь-який образливий жарт, необґрунтована іронія, сарказм можуть викликати обурення партнера зі спілкування.

Наступний тип конфліктогенів, що належить до групи «батьківських», — це поблажливе ставлення. Підносячись над партнером зі спілкування, людина, яка використовує у спілкуванні конфліктогени цього типу, начебто недооцінює його проблеми та переживання. Вона не намагається поспівчувати, а швидше прагне відкараскатися співрозмовника. Усі ці нарочиті і строгі: «Візьміть себе в руки», «Не кричіть», «Ой, ну що Ви так переживаєте. Тут немає через що перейматися», — створюють потенціал напруги у відносинах. До поблажливого ставлення, крім принизливого втішання, може належати і принизлива похвала: «Так Ви це знаєте! Молодець, не чекав від Вас». Адже такі вислови в мові досвідчених фахівців не рідкість! І часто вони призводять якщо не до відкритого конфлікту, то до виникнення неприязні та збереження осаду від такого спілкування. До цієї ж групи входять і докори: «Ех, ну що ж Ви — не могли подати документи вчасно?». Особливо страшний докір, в якому з'являється ще й відсилання до досвіду чи особистості співрозмовника: «Ех, ну що ж Ви, а ще людина з вищою освітою!».

Ще один тип конфліктогенів — менторське ставлення. Вище ми вже говорили про те, що ефективним може бути тільки спілкування на рівних. Спілкування, в якому один найрозумніший і все знає, а другий перебуває на правах челядника — явно жодної рівності не передбачає. Саме таким і є менторське ставлення. Людина вважає, що її думка єдина і найправильніша і всіляко намагається розповісти про це всім іншим. Вона може давати категоричні оцінки, нав'язувати свої поради, точку зору, нагадувати про неприємне, давати повчання. Насправді, хоча слова: «Я впевнений», «Я вважаю», «Немає жодних сумнівів», — можуть додати вашій промові переконливості, якщо ви бачите, що людина дратується, краще використовувати менш категоричні формулювання: «Мені здається», «Я думаю» тощо. Особливо небезпечним може виявитися вживання стереотипів та інших надузагальнень на кшталт: «Усі блондинки — нерозумні», «А! Все ясно, він же з цього регіону/ міста/ району», «У вишах усі беруть хабарі» тощо.

Отже, якщо не хочете конфлікту, уникайте свого піднесення над партнером зі спілкування. Не дозволяйте собі агресивних випадів у його бік, критики, невдалих жартів тощо.

Перейдемо до другої групи — «дитячих» конфліктогенів. Незважаючи на таке умовне позначення, результати від їх вживання в комунікації можуть бути зовсім не «дитячими».

Одна з найнеприємніших речей, яку може робити доросла людина, беручи участь у професійній комунікації — перекладання відповідальності. Отримуючи зауваження, у жодному разі не можна намагатися приплітати на допомогу інших винних у ситуації чи посилатися на обставини. Тому навіть якщо ви зовсім ні причому, для того щоб уникнути конфлікту та й залишити про себе приємне враження, потрібно не заперечувати відповідальність зовсім, але позначити власну зону відповідальності: «Так, про ту ситуацію я не знав, оскільки в мої завдання

входило рішення ось цього питання». Так ви ще й продемонструєте свою обізнаність та компетентність. Відсутність останніх також належить до «дитячих» конфліктогенів.

Оточуючих легко виводять із рівноваги хвастощі, особливо якщо успіхи, про які говорить людина, — примарні. Тому якщо у вас з'явилася радість і ви хочете нею поділитися, то краще приберегти її для близьких і розуміючих людей. Професійне середовище для цього — не найкраще місце. Хоча б тому, що в ньому, що б там не говорили його мешканці, балом править конкуренція. Відповідно порадіти за вас навряд чи хто зможе, а ось позаздрити, образитися чи затаїти злість — цілком.

Один з дуже небезпечних конфліктогенів — брехня. Зрозуміло, що в суспільстві брешуть усі, хтось у пояснювальній, хтось дружині. Без певного підтасовування чи перетасовування фактів соціальне існування просто неможливе. Але, з іншого боку, важливо пам'ятати про те, що людина, яку викрили в нещирості, втратила довіру, у принципі не здатна впливати на інших, вони її і слухати не будуть. Пам'ятаєте, як у дитячій казці про хлопчика, який кричав «Вовк!», коли ніякого вовка не було? Тож намагайтеся говорити правду, уникайте обману. Але ж адвокату нерідко доводиться мати справу з ситуацією, коли в кожної сторони своя правда, що ж робити? Ретельно продумуйте свою історію, вибудовуйте аргументи. Загалом не залишайте простору для сумнівів у ваших словах, будьте переконливі. В одній з наступних статей ми поговоримо про принципи та методи переконання.

Останній тип «дитячих» конфліктогенів, здається, зустрічається дуже рідко, але це тільки здається. Називається він «порушення етики». Можливо, ви зачепили когось ліктем, не помітили та не вибачилися? Може, когось перебили? Проігнорували чиїсь слова? Сіли, коли вас іще не запросили сідати? Відволікалися на сторонні справи, вислуховуючи клієнта? Добре, якщо ні… Але ж усяке буває. Пам'ятайте про культуру та етичність комунікації! Інколи людям здається, що все це дрібниці і потрібно просто бути самим собою. Думка взагалі-то непогана, звичайно відкриті і щирі люди викликають симпатію і довіру, а впевнені в собі та сміливі здаються харизматичними і переконливими. Але в ситуації професійного спілкування, де кожна дрібниця може вести до успіху, а може від нього віддаляти, забувати про етичність просто не припустимо.

Отже, поява в поведінці умовних дитячих рис (перекладання відповідальності, хвастощів, брехні, неетичної поведінки) також викликає конфлікт, причому навіть там, де жодних раціональних підстав для нього немає.

ЩО РОБИТИ

На запитання «хто винен», ми відповіли — винні конфліктогени і ті, хто їх вживає. Залишилося відповісти на запитання «що робити».

Перш за все, звичайно, уникати застосування конфліктогенів у професійному, та й не тільки, спілкуванні. Особливо, якщо ви помітили, що конфлікт почав розвиватися за сценарієм ескалації, не допустіть посилення емоційного напруження. Використовуйте обережніші та раціональніші формулювання. Якщо навіть людина відреагувала на ваші слова дуже емоційно, грубо, і вас це зачепило, не дозволяйте своїм емоціям відповідати за вас. Пригадайте про свою мету, зробіть глибокий вдих і спокійний видих, а тільки потім говоріть.

Є й ще одне важливе правило — використовуйте емпатію, тобто намагайтеся зрозуміти, яку реакцію викличуть ваші слова та дії у співрозмовника. Поставте себе на його місце. Саме це дозволило б нашому адвокату з першого прикладу, що намагався зробити комплімент дамі, уникнути конфлікту. Якби тільки він звернув увагу на те, що жінка переймається через свою зовнішність, не впевнена в собі, перебуває у знервованому стані, то напевно б зрозумів, що зараз краще взагалі утриматися від компліментів. Достатньо було просто привітатися і, можливо, запитати «як справи», замість того щоб відповідати конфліктогеном на конфліктоген.

На цьому все! Управляйте комунікацією ефективно.

НАЗВА СУДУ
КОГО В ІНТЕРЕСАХ КОГО

ЗАПЕРЕЧЕННЯ НА КЛОПОТАННЯ ПРОКУРОРА ПРО ДОЛУЧЕННЯ ДОКАЗІВ

Прокурором під час підготовчого судового засідання заявлено клопотання про долучення до матеріалів кримінальної справи доказів, які були отримані на стадії досудового розслідування.

Вважаю, що клопотання прокурора є передчасним та не підлягає задоволенню з огляду на наступне.

Відповідно до ч. 1 ст. 23 КПК України суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно.

Згідно з ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом.

Глава 27 (Підготовче провадження) має чіткий перелік дій, які можуть бути вчинені під час даної стадії, долучення доказів по справі серед яких відсутнє.

Долучення будь-яких доказів можливе сторонами кримінального провадження лише на стадії судового розгляду після визначення в порядку ст. 349 КПК України порядку та обсягу дослідження доказів, це питання ще не ставилось на обговорення сторін.

Оскільки суд ще не перейшов до стадії судового розгляду, задоволення клопотання прокурора буде прямим порушенням норм кримінального процесуального закону, що, у свою чергу, може викликати у сторони захисту сумніви щодо неупередженості суду.

На підставі викладеного, відповідно до ч. 1 ст. 23, ст. 314 — 317, 349, 357 — 359 КПК України, керуючись п. 3 ч. 4 ст. 42, ч. 4 ст. 46 КПК України, —

ПРОШУ:

У задоволенні клопотання прокурором про долучення на підготовчому судовому засіданні до матеріалів кримінальної справи доказів відмовити.

ДАТА *ПІДПИС*

НАЗВА СУДУ
ВІД КОГО та В ІНТЕРЕСАХ КОГО

ЗАУВАЖЕННЯ на журнал судового засідання

ДАТА НАЗВА СУДУ розглянув кримінальне провадження за обвинуваченням *ОСОБА 1* у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 222 КК України.

Ознайомившись із журналом судового засідання, який вівся під час розгляду провадження, я виявив у ньому ряд неточностей і у зв'язку з цим вважаю за необхідне подати на нього зауваження:

СУТЬ ЗАУВАЖЕНЬ

На підставі вищевикладеного, відповідно до ч. 3 ст. 376 КПК України, керуючись ч. 4 ст. 46 КПК України, —

ПРОШУ:

Посвідчити правильність поданих мною зауважень на журнал судового засідання та приєднати їх до матеріалів кримінального провадження.

ДАТА *ПІДПИС*

НАЗВА СУДУ

ВІД КОГО та В ІНТЕРЕСАХ КОГО

КЛОПОТАННЯ
про закритий судовий розгляд

На *ДАТА* призначено судовий розгляд за кримінальним провадженням № ____, внесеним до ЄРДР *ДАТА,* за обвинуваченням *ОСОБА 1* за ч. 1 ст. 152 КК України.

З огляду на особливості складу злочину, з метою захисту інформації, що належить до приватної, та прямої вказівки законодавця на можливість здійснення кримінального провадження у закритому судовому засіданні щодо розгляду справи про злочин проти статевої свободи та статевої недоторканності, вважаю за необхідне слухати справу протягом усього провадження у закритому судовому засіданні.

На підставі вищевикладеного, керуючись п. 4 ч. 2 ст. 27 КПК України, —

ПРОШУ:

Судовий розгляд за кримінальним провадженням № ____ від *ДАТА* проводити упродовж усього судового провадження у закритому судовому засіданні.

ДАТА *ПІДПИС*

НАЗВА СУДУ

ВІД КОГО та В ІНТЕРЕСАХ КОГО

КЛОПОТАННЯ
про здійснення кримінального провадження судом присяжних

Відповідно до ч. 3 ст. 31 КПК України кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, здійснюється колегіально судом у складі трьох професійних суддів, а за клопотанням обвинуваченого — судом присяжних у складі двох професійних суддів та трьох присяжних.

Враховуючи бажання мого підзахисного *ОСОБА 1* стосовно здійснення провадження судом присяжних, на підставі ст. 31, 383, ч. 2 ст. 384 КПК України, —

ПРОШУ:

Здійснити судовий розгляд кримінального провадження № ____ від _____ щодо ОСОБА 1, обвинуваченого за ч. 2 ст. 115 КК України, судом присяжних.

ДАТА *ПІДПИС*