



тема

Огляд рішень РАУ від 4 липня 2015 року

с. 7

А. Сербіна
До уваги захисників, клієнти яких перебувають під вартою: затверджені нові правила конвоювання

с. 45

В. Ребрина
Застосування судово-правової доктрини в практиці ВАСУ при розгляді податкових спорів

с. 61

І. Караман
Огляд справ щодо України, розглянутих ЄСПЛ протягом першого півріччя 2015 року

с. 85



ЗМІСТ

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Ізовітова Л. П.

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Гвозд'їй 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

Беляєв 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

НОВИНИ ТА ПОДІЇ

Адвокати люблять зміни у законодавстві:
публікація за наслідками круглого столу у Харкові 3

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

А. Костін

Адвокатура і суспільство: (не)довіра
і (без)відповідальність (непотрібне викреслити)..... 4

РІШЕННЯ ОРГАНІВ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Огляд рішень РАУ від 4 липня 2015 року 7

АДВОКАТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ

А. Костін, А. Сербіна

Ремісник чи професіонал? Представництво адвокатами
в судових провадженнях..... 11

Р. Афанасієв

Страхування професійної відповідальності адвокатів
як міжнародний стандарт адвокатської діяльності..... 19

А. Чебаненко

Оподаткування діяльності адвоката під час зупинення
права на зайняття адвокатською діяльністю..... 22

Адвокатура України: Декларація щодо захисту прав
людини у кримінальному провадженні 26

КРИМІНАЛЬНІ СПРАВИ

А. Барішніков

Обшук особи за новим КПК України:
теоретичні та практичні проблеми 35

Д. Пономаренко

Обрання запобіжного заходу на підставі вироку,
який не набув законної сили 43

А. Сербіна

До уваги захисників, клієнти яких перебувають
під вартою: затверджені нові правила конвоювання..... 45

А. Іванов

ДТП: окремі аспекти судового розгляду 48



ЦИВІЛЬНІ СПРАВИ

М. Трипольська

Проблемні аспекти заочного провадження в цивільному судочинстві 52

В. Березюк

Проблеми спілкування та виховання неповнолітньої дитини батьком, матір'ю, які проживають окремо 56

ПОДАТКОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО

В. Ребрина

Застосування судово-правової доктрини в практиці ВАСУ при розгляді податкових спорів 61

ЗЕМЕЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

І. Подкопаєва

Визнання договору оренди землі недійсним: судова перспектива 67

СУДОВА ПРАКТИКА

Огляд судової практики Верховного Суду України 74

ПРАКТИКА ЄСПЛ

І. Караман

Огляд справ щодо України, розглянутих ЄСПЛ протягом першого півріччя 2015 року 85

МАЙСТЕР-КЛАС

О. Зімовін

Мова тіла: навчіться її розуміти 91

ЗРАЗКИ ДОКУМЕНТІВ

Заява про негайне повернення майна 94

Клопотання про застосування технічних засобів фіксування 94

Письмові пояснення щодо негайного повернення вилученого майна 95

Скарга на бездіяльність слідчого в порядку ст. 303 КПК України 96

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 KB № 20370-10170P

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.id.factor.ua

Віддруковано

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

Номер замовлення

5637

Загальний тираж видання

4300 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу

раз на місяць

Дата виходу

17.08.2015 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.



АДВОКАТИ ЛОБІЮЮТЬ ЗМІНИ У ЗАКОНОДАВСТВІ: ПУБЛІКАЦІЯ ЗА НАСЛІДКАМИ КРУГЛОГО СТОЛУ У ХАРКОВІ

22.07.15 р. у Харкові Громадська спілка «Платформа громадянських сил 22 лютого» за сприяння Національної асоціації адвокатів України провела круглий стіл «Питання законодавства, що передбачають відповідальність за військові злочини, проблеми захисту прав учасників АТО та членів їх сімей». Головною метою заходу було привернення уваги суспільства та, зокрема, представників законодавчої влади до необхідності удосконалення українського законодавства, яке стосується військових злочинів та питань, пов'язаних із проведенням АТО.

Ініціатором проекту стала Громадська спілка «ПГС 22 лютого» — об'єднання проукраїнських та проєвропейських інститутів громадянського суспільства, створене з метою інституціональної та організаційної підтримки неурядових організацій. Одним з напрямків діяльності членів Спілки є допомога українським військовослужбовцям, добровольцям та волонтерам і сприяння розвитку громадських організацій, які створені для реалізації відповідних завдань. Членами Спілки було зібрано великий перелік проблемних питань, пов'язаних із військовою сферою. Більшість з них, звісно, виникають через відсутність належного правового регулювання. Тому було цілком логічно, що організатори заходу звернулися до НААУ із пропозицією взяти участь в обговореннях та долучитися до процесу удосконалення чинного законодавства у цій сфері.

Ідея створення подібного майданчика для професійного обговорення та обміну досвідом витала в середовищі адвокатів давно. Працюючи зі справами військовослужбовців та добровольців, саме захисники виявили чимало прогалин у чинному законодавстві: створене в мирний час для мирного суспільства, воно містить в собі безліч колізій, які проявилися під час застосування цих норм у реальному житті. Серед «слабких місць» законодавства: технічні помилки в Кримінальному кодексі України, питання недосконалості складів військових злочинів, важливі для захисту питання процесуального характеру. Законодавство до кінця не врегулює правовий статус, права, гарантії добровольців та членів їх сімей. Також у нашій державі поки що не відпрацьовані дієві механізми соціальної та психологічної адаптації тисяч поранених і ветеранів, які повертаються із зони АТО. Формат круглого столу дозволив проаналізувати ці проблеми, обговорити шляхи їх можливого вирішення на законодавчому рівні.

Так, адвокати С. Сахнюк, О. Біленко, А. Шостак розповіли про досвід, накопичений ними та їхніми колегами

із Запоріжжя («Справа 51-ї бригади»). Групою адвокатів були напрацьовані унікальні кейси щодо тактики сторони захисту у справах про злочини, відповідальність за які передбачена ст. 263, 296, 407, 408, 413 КК України, протестовані на практиці механізми роботи у справах, де підозрюваними (обвинуваченими) визнається одночасно велика кількість осіб.

На круглому столі обговорювалося й чимало інших прикладних питань. Серед спікерів були: голова Комітету захисту прав НААУ, адвокат Г. Колесник; суддя Перевальського районного суду Луганської області А. Іванов, який вже понад рік опікується питаннями правової допомоги добровольцям; адвокат, капітан Збройних Сил України В. Малишевський (понад рік перебуває у зоні АТО); адвокат, директор Краматорського місцевого центру безоплатної вторинної правової допомоги Я. Пісарев; Голова Ради адвокатів Харківської області В. Гайворонська; член Ради адвокатів Харківської області Д. Кузьмін; перший заступник начальника Харківського зонального відділу Військової служби правопорядку О. Ченикаєв; представник Військової прокуратури Харківського гарнізону А. Кузьмін та інші.

Важливо, що присутній на круглому столі народний депутат України Ярослав Маркевич брав активну участь у дискусії, нотував важливі питання та на завершення заходу виступив із обіцянкою лобювати перед парламентарями розгляд питань, порушених під час дискусії.

Як зауважила Ганна Колесник, цей захід продемонстрував ефективність співпраці адвокатури із громадськістю, представниками різних гілок влади.

Наразі учасники дискусії готують меморандум про консолідацію зусиль та письмові правові висновки для депутатів, які ляжуть у основу проектів відповідних законодавчих актів. У наступному номері ми більш детально розповімо про цей захід та будемо висвітлювати процес втілення адвокатських ініціатив у життя.



АДВОКАТУРА І СУСПІЛЬСТВО: (НЕ)ДОВІРА І (БЕЗ)ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ (НЕПОТРІБНЕ ВИКРЕСЛИТИ)



Андрій Костін, адвокат,
заступник голови Ради адвокатів Одеської області,
голова Комітету із міжнародних відносин НААУ

20 — 23 травня Прага приймала керівників асоціацій адвокатів та юридичних товариств на 10-й конференції з питань адвокатури, яка щорічно проходить під егідою Комітету з питань адвокатури Міжнародної асоціації юристів (ІВА). Близько 200 делегатів, які представляли різні країни (від Фіджі до Канади і від Південно-Африканської Республіки до Японії), дискутували на тему взаємовідносин між адвокатурою і суспільством. Головний меседж конференції «Полеміка, довіра та криза чи все це у щоденному порядку денному асоціації адвокатів?» охопив цілу низку гострих питань. Про результати їх обговорення й піде мова у цій статті.

Яке місце має займати адвокатура у суспільстві? Чи виправдовує адвокатура довіру з боку суспільства? Чи поважає держава незалежність адвокатів та її гарантії? Чи завжди адвокати використовують профе-

сійні гарантії в інтересах захисту клієнтів? Ось лише невеликий перелік неоднозначних запитань, які звучали на конференції.

Відповідно, сесії конференції були присвячені:

1	праву адвокатів на страйк
2	обшукам у приміщеннях адвокатів та вилученню документів клієнтів
3	проблемам підвищення суспільної довіри до дисциплінарного провадження щодо адвокатів
4	ролі асоціацій адвокатів у допомозі своїм членам та суспільству в період природних катастроф, війн та під час інших кризових явищ

Найбільш гострою була дискусія з питань обшуків та вилучення документів у адвокатів та права адвокатів на публічний протест (страйк).

Остання тема є дуже цікавою з огляду на нещодавній страйк адвокатів Сербії, що тривав півроку й призвів до суттєвих змін у законодавстві. Користуючись нагодою, нагадаю колегам про загальноукраїнський страйк наших адвокатів, який відбувся більш ніж 20 років тому і також завершився тим, що держава прислухалася до вимог адвокатури. Тому вважаю, що це питання заслуговує на окреме обговорення, яке ми зробимо у наступних випусках Вісника.

А зараз більш докладніше про обшуки.

Одразу зазначу, що ми будемо говорити про випад-

ки, коли держава не має претензій саме до адвоката, а шукає в нього документи чи інформацію його клієнтів. Чинний Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» серед гарантій адвокатської діяльності, зазначених у ст. 23, передбачає присутність представника ради адвокатів регіону при проведенні обшуку чи огляду приміщень адвоката, тимчасовому доступі до його речей і документів за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону. Серед повноважень такого представника — зазначені права ставити запитання, робити зауваження та заперечення, вказувати це у протоколі процесуальної дії.

Але яким чином ці питання регулюються в інших країнах?



Ось приклад Чехії:

1	Обшук у адвоката (у житловому чи іншому приміщенні, в якому він провадить адвокатську діяльність) здійснюється на підставі мотивованого рішення суду
2	Представник Чеської Асоціації Адвокатів (СВА) повинен бути присутнім під час обшуку. Такий представник призначається керівником СВА, причому він може бути не тільки адвокатом, але й співробітником СВА, він також має право активно втручатися в процес обшуку
3	Документи, які містять конфіденційну інформацію, яка є адвокатською таємницею, можуть бути оглянуті тільки в присутності та виключно за наявності згоди представника СВА
4	Представник СВА має право відмовити у праві на огляд документів, які є адвокатською таємницею. В такому випадку всі такі документи пакуються та скріпляються печаткою СВА і поліції та передаються на зберігання до СВА, де вони не можуть бути оглянуті, пошкоджені або знищені
5	Особа, яка ініціювала обшук у адвоката, має 15 днів, щоб подати окрему заяву до суду, який в спеціальному порядку за участю СВА буде вирішувати питання обґрунтованості вимог слідчих органів щодо огляду/вилучення спірних документів. Крім того, в такому випадку слідчі органи повинні чітко зазначити перелік документів, які вони вважають за необхідне оглянути/вилучити. Тобто для вилучення документів у адвоката за відсутності згоди СВА починається окремий судовий процес
6	Суд, який розглядає цю справу, буде вивчати кожен документ окремо та приймати рішення відповідно до конкретної ситуації. Якщо слідчі органи порушили будь-яку формальну вимогу при подачі заяви, то така заява відхиляється судом без права на виправлення помилок, надання додаткових пояснень тощо
7	Навіть якщо суд дає згоду на вилучення документів адвоката, які зберігаються в СВА, але СВА вважає, що таке рішення суду не відповідає всім вимогам закону, то СВА має право на оскарження рішення. Декілька спорів щодо вилучення документів, що містять адвокатську таємницю, були на розгляді у Верховному Суді і навіть у Конституційному Суді Чехії

Таким чином, на відміну від українських, чеські адвокати мають додаткові гарантії захисту адвокатської таємниці у вигляді активних повноважень Національної асоціації адвокатів, яка «звільняє» адвоката від можливих претензій з боку його клієнта, адже не адвокат розкриває конфіденційну інформацію на вимогу органів слідства, а суд, який приймає таке рішення навіть за наявності заперечень з боку Національної асоціації адвокатів.

При цьому чеські суди розуміють принципову важливість захисту адвокатської таємниці в інтересах правосуддя. Як слушно зазначив Конституційний Суд Чеської Республіки у справі № 2894/08: «Обов'язок зберігати конфіденційність є фундаментальною

передумовою надання правової допомоги і таким чином є також необхідною умовою функціонування демократичного суспільства. Здійснення адвокатом професійної діяльності впливає з конфіденційності відносин між адвокатом та клієнтом і з довіри клієнта до зберігання його таємниці адвокатом. Таким чином, це [зберігання адвокатської таємниці] не є привілеєм адвоката, який тягне за собою його виключення із загально визнаних та обов'язкових вимог закону, але, навпаки, є обов'язком, покладеним на адвоката в інтересах його клієнтів та їхнього захисту.»

Децю схожою є процедура обшуку та вилучення документів у адвокатів у Франції. Стаття 56-1 КПК Франції передбачає, що:

1	Обшук в приміщенні адвоката (житловому чи офісному) має право проводити тільки слідчий суддя (examiningmagistrate) і тільки в присутності голови чи представника відповідної асоціації адвокатів
2	Голова асоціації адвокатів не тільки повідомляється про факт майбутнього обшуку (як це практикується у нас), але й про суть і склад злочину, у зв'язку із яким здійснюється обшук, обґрунтування необхідності обшуку та його мету
3	Слідчий суддя, який здійснює обшук, не може вилучати документи інші, ніж ті, що шукаються
4	Голова чи представник асоціації адвокатів має право заперечувати проти вилучення документів. У такому випадку документи опечатуються та передаються під відповідальність іншого судді



5	Такий інший суддя протягом 5 днів має право вирішити питання щодо вилучення чи повернення адвокатів документів
6	Тільки слідчий суддя, який проводив обшук, голова чи представник асоціації адвокатів та суддя, який буде вирішувати питання щодо вилучення документів, мають право на ознайомлення з їх змістом

Між тим відповідно до рішення Касаційного Суду Франції від 14.01.03 р. по справі № 02-87.062 «*дотримання адвокатом конфіденційності не повинно заважати вилученню предметів, які можуть встановлювати його можливу участь в кримінальному правопорушенні*». Таким чином, суд зазначив, що гарантії адвокатської діяльності не можуть захищати самого адвоката від відповідальності за його протиправну діяльність. Додам: тому що гарантії адвокатської діяльності захищають в першу чергу клієнта і тільки опосередковано його адвоката.

Вважаю, що аналогічні норми можуть бути впроваджені і в нашому законодавстві, адже питання захисту адвокатської таємниці під час обшуків та вилучення документів у адвокатів є актуальними не тільки в Україні, але й в європейських країнах. Так, до 2012 року в Чехії, де постійно практикують близько 10 тис. адвокатів, були поодинокі випадки обшуків у адвокатів, а в 2012 році їх вже було 5 — 6. В 2013 році під час 27 обшуків у адвокатів слідчі 17 разів вимагали розкриття адвокатської таємниці і за результатами розглядів суди 6 разів надавали згоду на вилучення документів у адвокатів. В 2014 році під час 25 обшуків слідчі вже 21 раз вимагали видачі документів клієнтів. Суди прийняли рішення про вилучення документів 4 рази, але 6 справ ще розглядаються. Таким чином, навіть в Європі існує тенденція збільшення як кількості обшуків у адвокатів, так і вимог щодо вилучення документів їх клієнтів.

На жаль, політика поступового втручання держави в адвокатське самоврядування, зменшення обсягу гарантій професійної діяльності здійснюється в різних країнах світу якраз під гаслами захисту інтересів суспільства. Але не завжди діяльність органів держави відповідає суспільним потребам. Та адвокатура повинна усвідомлювати, що саме через збільшення довіри з боку суспільства вона може захистити себе, а через це й суспільство.

Незалежність дисциплінарної процедури не є тільки складовою частиною інституту адвокатського самоврядування. Її слід також віднести до гарантій адвокатської діяльності,

адже завдяки внутрішній процедурі розгляду скарг на адвокатів органи адвокатського самоврядування можуть в деяких випадках стати на захист незалежності адвоката. Але в багатьох країнах, навіть таких як Велика Британія і Австралія, суспільство критикує адвокатуру за недостатню відкритість та неефективність дисциплінарної процедури. Тому питання транспарентності процесу (навіть доступ до інформації про адвокатів, щодо яких просто подана скарга), строку розгляду скарг та довіри до справедливості рішень дисциплінарних органів є на порядку денному наших колег в інших країнах. І нам не слід забувати, що законодавець може змінити підхід до формування складу дисциплінарних палат, якщо українська адвокатура на збереже довіру з боку суспільства.

Дуже важливою подією заходу було спільне засідання голів всіх комітетів та форумів IBA, на якому було презентоване проведення спільної міжнародної конференції IBA, ССВЕ та НААУ у Києві 5 — 6 червня 2015 року на тему «Ремісник чи професіонал? Представництво адвокатами в судових провадженнях». Нагадаю, що більшість витрат на проведення цього унікального форуму взяли на себе IBA та ССВЕ, що є проявом поваги до української адвокатури та уваги до процесів її розвитку у сучасних умовах.

А наприкінці хочу подякувати Чеській Асоціації Адвокатів та її керівництву за надзвичайно теплий прийом та організацію заходу.





ОГЛЯД РІШЕНЬ РАУ

ВІД 4 ЛИПНЯ 2015 РОКУ

Підготовлено секретаріатом
Національної асоціації адвокатів України

Статтю 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 цього Закону, згідно з якою рішення з'їзду адвокатів України та Ради адвокатів України¹ є обов'язковими до виконання всіма адвокатами. У цьому номері ми продовжуємо огляд рішень РАУ, щоб вам, шановні колеги, їх було зручніше вивчати та використовувати у своїй діяльності.

№	Прийняті рішення	Короткий зміст прийнятих рішень
1	2	3
1	Рішення № 7 «Про затвердження роз'яснення щодо наявності або відсутності конфлікту інтересів під час здійснення адвокатом захисту клієнта»	Встановлено, що відповідно до частини четвертої статті 40 Правил адвокатської етики 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 зазначено, що 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
2	Рішення № 12 «Про затвердження роз'яснення щодо можливості укладення трудового договору з особою, яка отримала диплом бакалавра як з помічником адвоката»	Встановлено, що у випадку здобуття особою вищої юридичної освіти до набрання чинності Законом України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 року або в умовах здійснення освітньої діяльності, що провадиться вищими навчальними закладами і започаткована до набрання чинності цим Законом, трудовий договір із нею як з помічником адвоката може бути укладений лише за умови отримання такою особою кваліфікаційного рівня «спеціаліст», «магістр» та/або отримання диплома спеціаліста, магістра

¹ Далі за текстом — РАУ.



1	2	3
3	Рішення № 13 «Про затвердження роз'яснення щодо деяких питань застосування Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю»	<p>Встановлено, що, враховуючи особливості статусу помічника адвоката, чинне законодавство передбачає єдиний випадок звільнення від проходження стажування — для осіб, які мають встановлений стаж роботи на посаді помічника адвоката. Однак таке звільнення від стажування не є передумовою автоматичного набуття статусу адвоката.</p> <p>Встановлено, що у випадку невідповідності документів або особи, яка їх подала, вимогам чинного законодавства, в тому числі встановленої за результатами співбесіди, рада адвокатів регіону може прийняти рішення про відмову у видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю без проходження стажування.</p> <p>Зазначено, що, враховуючи динамічність суспільних відносин та змінюваність норм права, що їх регулюють, перелік підстав для відмови у видачі особі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю без проходження стажування, визначений пунктом 12.8 Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затвердженого рішенням РАУ від 16 лютого 2013 року № 81 (з наступними змінами), не може бути вичерпним, однак він обмежений підставами, визначеними чинним законодавством</p>
4	Рішення № 15 «Про обрання Головою Комітету законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності Національної асоціації адвокатів України Зейкана Я. П.»	<p>Вирішено обрати Головою Комітету законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності Національної асоціації адвокатів України адвоката Зейкана Я. П., враховуючи його багаторічний практичний досвід, численні наукові праці та активну діяльність у процесі підготовки нормативно-правових актів, написання коментарів до процесуальних законів</p>
5	Рішення № 17 «Про затвердження типового Положення про іноземне представництво Національної асоціації адвокатів України за кордоном»	<p>Затверджено типове Положення про іноземне представництво Національної асоціації адвокатів України за кордоном</p>
6	Рішення № 18 «Про створення відокремленого іноземного підрозділу (представництва) Національної асоціації адвокатів України у Сполучених Штатах Америки, м. Нью-Йорк»	<p>Створено відокремлений іноземний підрозділ (представництво) Національної асоціації адвокатів України у м. Нью-Йорк (Сполучені Штати Америки).</p> <p>Призначено Головою відокремленого іноземного підрозділу (представництва) Національної асоціації адвокатів України у м. Нью-Йорк (Сполучені Штати Америки) представника адвокатів Донецької області у складі РАУ Осипу Сергія Валентиновича строком на 3 роки.</p> <p>Призначено членами Ради повірених відокремленого іноземного підрозділу (представництва) Національної асоціації адвокатів України у м. Нью-Йорк (Сполучені Штати Америки) адвоката Зянкевича Юрася строком на 2 роки та адвоката Лаврик Анну строком на 2 роки</p>



1	2	3
7	<p>Рішення № 72 «Про затвердження роз'яснення щодо зарахування стажу роботи на посаді помічника адвоката до стажу роботи в галузі права особи, яка не здобула повної вищої юридичної освіти та щодо права на звернення із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту»</p>	<p>Встановлено, що згідно з вимогами чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» до юридичного стажу роботи в галузі права може бути зарахований стаж роботи на посаді помічника адвоката лише за умови заняття такої посади відповідно до встановлених вимог та виключно після здобуття повної вищої юридичної освіти.</p> <p>Зазначено, що системний аналіз норм дозволяє зробити висновок, що первинна оцінка відповідності вимогам частин першої та другої статті 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» надається особою, яка виявила бажання стати адвокатом і яка реалізовується у спосіб її звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за місцем проживання із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту. Прийняття рішення за результатами розгляду такої заяви (про допуск особи до складення кваліфікаційного іспиту або про відмову в допуску до складення кваліфікаційного іспиту), в тому числі й в контексті відповідності особи встановленим вимогам, належить до компетенції відповідної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, що має відбуватись з урахуванням як вимог чинного законодавства, так і конкретних обставин його дотримання особою, яка бажає набути статус адвоката</p>
8	<p>Рішення № 73 «Про утворення Комісії з питань виконання Меморандуму про співпрацю між Національною асоціацією адвокатів України та Міністерством юстиції України у сфері надання безоплатної правової допомоги»</p>	<p>Утворено Комісію з питань виконання Меморандуму про співпрацю між Національною асоціацією адвокатів України та Міністерством юстиції України у сфері надання безоплатної правової допомоги у наступному складі:</p> <p>Кухар Олексій Іванович — голова; Гвозд'їй Валентин Анатолійович; Осика Сергій Валентинович; Каденко Оксана Олегівна; Дроздов Олександр Михайлович; Грабовський Юрій Леонідович; Беляєв Олег Анатолійович; Зейкан Ярослав Павлович; Костін Андрій Євгенович; Колесник Ганна Миколаївна; Ламах Тарас Борисович; Циганков Андрій Ігорович; Черезов Ігор Юрійович; Гречківський Іван Павлович; Башловка Анатолій Миколайович.</p> <p>Інші члени Комісії можуть бути включені до її складу за бажанням та особистою згодою.</p> <p>Визначено наступні напрямки роботи та завдання Комісії:</p> <ul style="list-style-type: none"> — аналіз Меморандуму про співпрацю між Національною асоціацією адвокатів України та Міністерством юстиції України у сфері надання безоплатної правової допомоги на предмет невиконання чи неналежного виконання сторонами його положень; — правова ревізія Закону України «Про безоплатну правову допомогу» та аналіз його положень на відповідність Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та іншим актам, які регулюють питання адвокатури; — складення висновків за результатами проведеної роботи та подання їх на розгляд РАУ для прийняття відповідних рішень



1	2	3
9	Рішення № 74 «Про створення при Національній асоціації адвокатів України Комітету з питань безоплатної правової допомоги»	Вирішено створити при Національній асоціації адвокатів України Комітет з питань безоплатної правової допомоги. Затвердити Положення про Комітет з питань безоплатної правової допомоги та персональний склад Комітету з питань безоплатної правової допомоги, делегувавши ці повноваження Голові РАУ
10	Рішення № 77 «Про вступ Національної асоціації адвокатів України до Ради адвокатських та правових товариств Європи (CCBE) та правових товариств Європи (CCBE)»	Вирішено Національній асоціації адвокатів України вступити до Ради адвокатських та правових товариств Європи (CCBE). Надати згоду на застосування Правил професійної етики Ради адвокатських та правових товариств Європи (CCBE)
11	Рішення № 78 «Про вступ Національної асоціації адвокатів України до Міжнародної асоціації адвокатів (IBA)»	Вирішено Національній асоціації адвокатів України вступити до Міжнародної асоціації адвокатів (IBA)
12	Рішення № 79 «Про затвердження Порядку подання органами адвокатського самоврядування статистичної звітності про результати діяльності»	Затверджено Порядок подання органами адвокатського самоврядування статистичної звітності про результати діяльності, що додається. Установлено, що річну статистичну звітність за результатами діяльності у 2014 році та першому півріччі 2015 року органи адвокатського самоврядування подають до Секретаріату РАУ (Секретаріату Національної асоціації адвокатів України) у порядку та згідно з формами, затвердженими цим рішенням не пізніше ніж до 01 вересня 2015 року
13	Рішення № 19 — 68	Внесено зміни до положень регіональних органів адвокатського самоврядування в частині фінансування та оподаткування



РЕМІСНИК ЧИ ПРОФЕСІОНАЛ? ПРЕДСТАВНИЦТВО АДВОКАТАМИ В СУДОВИХ ПРОВАДЖЕННЯХ



Андрій Костін, адвокат, заступник голови
Ради адвокатів Одеської області,
голова Комітету із міжнародних відносин НААУ



Анастасія Сербіна,
аналітик Видавничого будинку «Фактор», адвокат

5 — 6 червня 2015 року в приміщенні готелю «Президент» Національною асоціацією адвокатів України спільно з Радою адвокатських та правових товариств Європи, Міжнародною асоціацією адвокатів та Європейською фундацією адвокатів проведено міжнародну конференцію «Ремісник чи професіонал? Представництво адвокатами в судових провадженнях».

Зважаючи на те що, за винятком кримінальних справ, будь-яка повнолітня та осудна особа може представляти інтереси клієнтів в усіх судах України, питання забезпечення права громадян на отримання кваліфікованої правової допомоги незалежними професійними фахівцями є на порядку денному не тільки адвокатів та судової влади, але й політиків і спеціалістів, відповідальних за проведення реформи системи правосуддя. Саме тому залучення відомих і досвідчених європейських фахівців для обговорення цього питання з українськими адвокатами та представниками держави дало нагоду з перших вуст почути про те, яким чином питання судового представництва вирішуються в країнах Європи. Слід також зазначити, що більшість видатків на проведення цієї конференції були проведені за рахунок ІВА та ССВЕ, що дало нам можливість провести цей унікальний захід.

Ще в 2014 році з ініціативи Комітету з міжнародних відносин НААУ було проведено низку зустрічей із керівництвом ІВА та ССВЕ в Брюсселі, результатом яких стало рішення про проведення спільного захо-

ду в Україні, який був би присвячений питанню так званої «монополії» адвокатури на судове представництво, а також пов'язаним з цим питанням підтримання високої якості роботи адвокатів, належної організації дисциплінарної процедури та страхування професійної відповідальності адвокатів.

18 лютого 2015 року спільна делегація ІВА та ССВЕ відвідала Київ з метою проведення зустрічей із керівництвом НААУ, представництвами міжнародних організацій в Україні та Міністерством юстиції України з метою підготовки спільної конференції у Києві. За результатом цієї зустрічі вже 26 березня 2015 року на прохання Голови НААУ Л. Ізовітової Президент ССВЕ Марія Слазак звернулась із листом до Президента України, Голови Верховної Ради України, Міністра юстиції України, в якому підтримала позицію НААУ щодо необхідності внесення відповідних змін до законодавства України з метою закріплення тільки за адвокатами права на представництво інтересів у судах, що дозволить державі забезпечити надання правової допомоги у судах виключно незалежними та професійними адвокатами.



У жвавій дискусії 5 — 6 червня взяли участь міжнародні експерти: Віце-президент Міжнародної асоціації адвокатів **Мартін Шольц**, Президент Ради адвокатських та правничих товариств Європи **Марія Слазак**, представник «Копенгаген Економікс» **Генріх Окхольм**, представник Оксфордського університету, Центру соціально-юридичних досліджень, професор права **Крістофер Декер**, професор права, директор Інституту управління юридичною практикою ім. Солдана (Кельн) **Маттіас Кіліан**, Заступник голови комісії ІВА з питань проблематики адвокатури **Петер Ковес**, Президент палати адвокатів в окрузі Хамм (Німеччи-

на) **Ультріх Вессельс**, колишня Голова Комітету ССВЕ з питань деонтології **Люсі Дюпонг**, Генеральний секретар Асоціації адвокатів Норвегії **Мерет Сміт**, член Комітету ПЕКО ССВЕ **Рітіс Йокубаускас**, колишній Президент ССВЕ **Пітер Ковеш** (Угорщина).

Метою заходу стало обговорення актуальних та важливих питань щодо представництва адвокатами в судах, обмін досвідом з європейськими колегами з питань підвищення кваліфікації адвокатів та страхування професійної відповідальності.

Робоча зустріч тривала два дні, дискусія відбувалась за такими сесіями:

1	Представництво адвокатами в судах
2	Економічний погляд на представництво адвокатами в судах
3	Представництво в судах: порівняльні та емпіричні висновки
4	Підвищення кваліфікації адвокатів
5	Професійна етика та дисциплінарна відповідальність
6	Страхування цивільної відповідальності
7	Підбиття підсумків

Відкрила конференцію вступним словом Голова Національної асоціації адвокатів України **Лідія Павлівна Ізовітова**, яка висловила чітку позицію української адвокатури щодо необхідності закріплення тільки за адвокатами судового представництва адвокатури та наголосила, що досягнення монополії можливе лише шляхом високої якості надання правових послуг, посилення відповідальності адвоката за надані послуги та страхування його відповідальності.

Віце-президент Міжнародної асоціації адвокатів **Мартін Шольц** зазначив, що монополії адвокатів жажатись не варто, адже лише виключне право гарантуватиме належну якість надання юридичних послуг. В Чехії всі види правової допомоги надаються тільки адвокатами, тому на підставі власного досвіду запропонував українській адвокатурі ставити питання не тільки про судове представництво, але й про інші види правової допомоги, які мають надаватися тільки адвокатами, тому що це питання постане у найближчий час. Пан Шольц нагадав нам про досвід Чехії, де ще 20 років тому близько 80 %

доручень адвокатів були пов'язані із судовим представництвом і тільки 20 % стосувалися контрактної та консультаційної роботи. Але з розвитком бізнесу та правової культури населення ситуація зараз є прямо протилежною, тобто близько 70 % заказів адвокатів пов'язані із контрактною та консультаційною роботою і не стосуються судового представництва.

За звичаєм ІВА звертає увагу на державу, коли виявлені проблеми, ця ж конференція є намаганням запобігти порушенням, змінити ситуацію на ринку правових послуг в Україні на краще. В перспективі 20 % усіх спорів повинні вирішуватись у суді із залученням професіоналів, інші 80 % мають вирішуватись різними фахівцями (у тому числі адвокатами, але не лише ними) шляхом досудового урегулювання спору, у тому числі медіації, на сьогоднішній же момент ситуація виглядає кардинально навпаки. «*Сподіваюсь, Ви будете вчитись на наших помилках, а не робити власні*», — висловив своє побажання **Мартін Шольц**.

Окремими елементами верховенства права часто нехтують в країнах з перехідною економікою. Україна



займає 25 місце в рейтингу держав, яка має суттєві обмеження, накладені судом, на сторону захисту; 32 місце — за ступенем зловживань у суді; 41 місце — за ступенем корупції в органах судової влади; 28 місце — за ступенем неналежного впливу уряду на незалежність та безсторонність суду; 40 місце — за ступенем ефективності виконання судових рішень. Саме адвокатура має виправити таку негативну статистику, адже «адвокатура — не просто послуга клієнту, але і служіння Феміді». На запитання, чи вважаєте ви, що в Україні має бути законодавчо встановлена адвокатська монополія на правові послуги, **Мартін Шольц** відповів: «Однозначно вважаю, що альтернативи просто не існує, і причин тому багато. Адже адвокатура — це:

1. Якість.
2. Професія.
3. Відповідальність, якої у інших фахівців просто не існує.
4. Рівні правила гри.
5. Безпека клієнта.
6. Страхування від несприятливих наслідків.»

Єдина ефективно саморегульована незалежна професія є основою для верховенства права. Будь-яка невдача зменшує довіру до правової системи та верховенства права, самі клієнти об'єктивно оцінити якість не в змозі в силу відсутності відповідних професійних знань. Етика є необхідною умовою для надання професійних послуг.

На запитання, чи є які-небудь вагомі причини бути проти монополії, можливо, через вартість послуги, недостатність суб'єктів надання у зв'язку із монополією, відповідь буде однозначною: ні, якщо немає суттєвих бар'єрів для доступу до професії.

Начальник відділу представництва інтересів Президента України в судах **Віктор Короленко** бачить можливість встановлення адвокатської монополії на правові послуги в Україні лише при запровадженні чітких механізмів доступу до професії, підвищення кваліфікації адвокатів, прозорих та ефективних механізмів притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Лише таке поєднання надасть громадянам впевненість у якості правових послуг, адже, звертаючись за допомогою до адвоката, клієнт не знає наперед, який результат він отримає, що для нього є небезпечним ризиком.

Розуміючи спеціальне та відповідальне місце адвокатури у системі правосуддя, датські еко-

номісти із «Копенгаген Економікс» вивели кілька важливих постулатів:

1. З урахуванням того, що правові питання є складними за своєю природою, правова допомога повинна надаватися за високими стандартами якості.

2. У зв'язку із складністю правової роботи інформація про її якість має асиметричний характер, коли клієнт не може реально оцінити якість послуги навіть після її надання.

3. Це приводить до ряду економічних феноменів, коли ті, хто надають правову допомогу, починають знижувати ціни та якість своєї роботи для того, щоб залучити більше клієнтів, які не можуть оцінити реальну якість (феномен моральної шкоди). В такій ситуації ті юристи, що надають послуги високої якості, не можуть витримати цінову конкуренцію, залучають менше клієнтів і залишають практику (феномен несприятливого відбору). В цілому це призводить до зниження якості правової допомоги.

4. Адвокатура, діяльність якої регулюється, має можливість вирішити проблему асиметричної інформації. Завдяки тому, що в більшості країн професія адвоката регулюється додатковими вимогами, в тому числі вимогами високого рівня освіти, дотримання правил професійної етики, організаційної незалежності та елементами внутрішнього та зовнішнього контролю, така система може забезпечувати підтримання розумного та зваженого рівня якості навіть за умов асиметричної інформації.

5. Представництво в судах не адвокатами призводить до зниження якості правової допомоги, збільшення кількості судових справ, збільшення строків їхнього розгляду та спричиняє більші видатки суспільства на функціонування системи правосуддя. Крім того, менш ефективна система правосуддя уповільнює економічний розвиток суспільства.

Генріх Окхольм заявив, що в більшості країн світу представництво здійснюється тільки адвокатами, альтернативи для інших фахівців просто не існує.

Перед потенційним клієнтом завжди постають 2 проблеми:

1) «моральний ризик», бо клієнт ніколи не знає, яку якість він отримає;

2) «несприятливий відбір», оскільки для клієнта, як правило, немає різниці в статусі суб'єкта надання послуг (чи він адвокат або тільки юрист, або взагалі не має відповідної освіти), в більшості випадків вибір робиться спонтанно або є результатом вдалої реклами.



Інструментами вирішення таких проблем мають стати:

Регулювання	Наявність критеріїв щодо освіти, стажу роботи, віку
Тестування	Доступ до професії має відповідати рівню взятої на себе відповідальності
Репутація	Рівень довіри до адвоката
Система гарантій	Клієнт має знати про юридичні механізми, які дозволяють йому отримати компенсацію за неякісні чи непрофесійні послуги (дисциплінарна відповідальність, відшкодування шкоди, страхування)
Спеціалізація	Конкретизація, деталізація фаху, набуття адвокатом високих професійних навичок у вузькій сфері правовідносин

«Іноді стверджується, що дозвіл особам, які не є адвокатами, на представництво інтересів своїх клієнтів у суді може привести до збільшення пропозицій на ринку юридичних послуг, що означає посилення конкуренції в юридичному секторі та зменшення цін — на користь клієнтам. Однак конкурентні вигоди від представництва особою, яка не є адвокатом, в більшості випадків є незначними і такими, які, вірогідно, переважають пов'язаний з цим ризик низької якості надаваних послуг, компенсуючи більш високі процесуальні витрати та витрати на контроль, що несуть платники податків.

Вкрай важливим є те, щоб юридична професія відповідала високому стандарту якості. У загальних інтересах суспільства є те, щоб контракти склалися в правильний і недвозначний спосіб, щоб застосовне право формувалося на основі всієї відповідної інформації тощо.

Ризик, пов'язаний із допуском осіб, які не є адвокатами, до представництва в суді, полягає в зниженій якості усієї юридичної професії. Оскільки особи, які не є адвокатами, підлягають меншій кількості регулятивних вимог, ніж адвокати, вони будуть розбавляти середню якість у професії відповідно до логіки морального ризику і несприятливого відбору.

З іншого боку, надання адвокатам виключного права на представництво своїх клієнтів у суді створює юридичну монополію на ринку цих послуг. У разі високих бар'єрів доступу до юридичної професії це може призвести до ситуації більш низького обсягу надаваних послуг, меншої конкуренції і високих цін — на шкоду споживачам.

Втім, конкуренція між адвокатами є високою в більшості країн, і емпіричні дані свідчать про те,

що ліберальна політика щодо представництва має мінімальний вплив у плані додаткової конкуренції.

Наявність ймовірно більш дешевих осіб, що не є адвокатами, натомість призведе до більшої кількості справ у суді. Це тому що, перш ніж звернутися до суду, клієнти зважують витрати на подачу цивільного позову з потенційною користю від цього. Більше справ призведе до більш високих процесуальних витрат, які частково несуться платниками податків», — сказав Генріх Окхольм.

Україна повинна розвиватись, щоб клієнти мали можливість та бажання належним чином сплачувати за високу якість правових послуг. Вирішити питання належної оплати єдиними законодавчим актом просто не можливо. Ліками в даному випадку буде час. Отримати довіру населення важко, але справа варта вкладених зусиль. Нам потрібна зміна якості нашої культури: люди мають брати відповідальність на себе, а не очікувати рішучих дій від держави та, в разі програшу, звинувачувати в неефективності уряд.

Лакмусовим папірцем для незалежної адвокатури мають стати висока якість правових послуг та підготовки адвокатів, реальні гарантії роботи адвокатського самоуправління та навчання бути незалежним, адже молоді адвокати самі роблять практику залежності та підкореності стороні обвинувачення чи суду, що є неприпустимим.

Запрошені експерти запевнили присутніх у неминучості запровадження монополії захисників на представництво інтересів клієнтів у судах. Якість правових послуг, які надаються фізичним та юридичним особам, на думку фахівців, можна забезпечити лише в рамках монополії.



Крістофер Декер наголосив, що *«гарні закони мають працювати і це — робота адвоката»*.

Чи свідчить економічний аналіз та дані про наявність зв'язку між якістю правової системи та економічним добробутом? Добре функціонуючі правові системи сприяють економічному розвитку і продуктивності, а також прискорюють їх. У цьому контексті «добре функціонуюча» правова система вважається такою, що є стабільною і забезпечує учасникам ринку впевненість за розумною ціною, дозволяє їм вести діяльність в атмосфері впевненості, водночас будучи досить гнучкою до нових і еволюціонуючих обставин та надаючи нові можливості для соціальних і економічних угод, які така еволюція часто приносить з собою.

Важливим аспектом відносин між правовою системою та економічною діяльністю є роль, яку відіграють юридичні послуги у сприянні та підтримці ринків. Основна діяльність сектору професійних юридичних послуг має тенденцію до розширення ринкової активності у всій економіці, а тому вона тісно пов'язана з економічними показниками і зростанням — особливістю, яка відрізняє юридичні послуги від низки інших видів діяльності з надання професійних послуг, з якими їх часто порівнюють в економічному і політичному оцінюванні.

Яким є взаємозв'язок між юристами та економічними показниками? Хоча політичні інституції визначають важливі аспекти структури правової системи, а судова система визначає, як існуючі закони будуть реалізовані, юристи своїми діями і поведінкою також сприяють як формуванню правової системи, так і тому, наскільки ефективно вона працює і функціонує.

По-перше, для того, щоб правова система була ефективною, необхідно, щоб юристи були належним чином підготовлені та мали ресурси для виконання завдань, які їм ставляться. Досвід свідчить, що якість юристів є важливим визначальним фактором того, як функціонує правова система.

По-друге, враховуючи характер роботи, яку здійснюють юристи, незалежність професії є суттєвим чинником; існує значна економічна цінність у збереженні культури професіоналізму та незалежності від зовнішніх впливів, у тому числі від впливу держави.

Чи є юридична професія такою ж, як і будь-яка інша професія чи спеціальність?

Юристи часто порівнюються з іншими професіо-

налами (бухгалтерами, архітекторами, стоматологами і лікарями), і хоча між ними є деякі подібні риси, існують також важливі чинники, через які завдання і діяльність юристів відрізняються від чинників, що існують в інших професіях. Зокрема, існує зв'язок між незалежністю юристів, реалізацією права і розвитком верховенства права. Історичні приклади свідчать, що там, де юристи не є достатньо незалежними, це може вплинути на те, які правові питання отримують виклик (тобто які права здійснюються), і на спосіб, в який їм робиться виклик. Втім, незалежність не є чимось, що можна передбачити в законі чи наказі; вона скоріше тісно пов'язана з професіоналізацією і домінуючою культурою норм юридичної професії.

Крім того, юристи через свою професійну діяльність можуть бути провідниками соціальних та економічних змін. Професійна діяльність, яка формує право, також впливає на економічну і соціальну поведінку.

Через свої дії та поведінку юристи сприяють формуванню правової системи і тому, наскільки ефективно вона працює і функціонує.

Про якість юриста можна говорити у випадку наявності хороших ресурсів та високоморальних цінностей, бо юристи мають бути порядними.

«Безоплатна правова допомога є гарантією справедливої правової системи. Держава не може впливати на послуги системи безоплатної правової допомоги, навіть коли вона оплачує ці послуги, але забезпечити їх вона зобов'язана», — **Мартін Шольц**.

Другий блок був присвячений порівняльному аналізу представництва у судах адвокатами в різних країнах, який доповів **Маттіас Кіліан**, професор права із Кельнського університету (Німеччина). Він розповів про інший аспект представництва у судах — так званий інститут самостійного представництва клієнтами своїх цивільних справ у судах. В Німеччині існує «монополія» адвокатури на судове представництво, але є питання ефективності судової процедури у справах, де відсутній адвокат і клієнти представляють власні інтереси самостійно. Саме в інтересах правосуддя по більшості цивільних і сімейних, а також комерційних справ участь адвоката в Німеччині є обов'язковою. Клієнти мають право на самостійне представництво тільки в маленьких справах, як наприклад, якщо сума позову не перевищує 5 тис. євро. Аналогічна норма діє



в Іспанії, але ціна позову не повинна перевищувати 900 євро. Між тим якщо в позивача є документальні докази, наприклад, несплати боргу, то він має право представляти себе без адвоката, якщо сума позову не сягає 30 тис. євро. В інших випадках участь адвоката є обов'язковою. В Італії поріг суми спору, в якому не обов'язкова участь адвоката, становить 1100 євро. Крім того, за будь-яких підстав особа має право представляти себе особисто, якщо вона сама є адвокатом. Така собі пільга...

Професор Кіліан також ознайомив нас із статистикою результату розгляду справ у Німеччині у цивільних справах за участю та за відсутності адвокатів. Так, 31 % учасників спорів досягли успіху у цивільних справах, де вони були представлені адвокатами, і тільки 12 % учасників виграли свої справи, коли самостійно представляли свої інтереси. Така статистика говорить сама за себе.

Крім того, цікавим є ще один результат дослідження, за яким у справах, де залучалися адвокати, участь судді в процесі була більш активною завдяки активності саме адвокатів, а це за інших рівних умов сприяє більш високій якості судових рішень.

Модератором другого дня конференції була **Марія Слазак**, яка розповіла про історію і досягнення ССВЕ, яка об'єднує зараз більше 1 мільйона адвокатів і юристів. Так, вже зараз адвокати країн ЄС мають уніфіковане посвідчення адвоката, яке приймається в усіх країнах ЄС і є достатнім доказом статусу адвоката. Серед перспективних задач — досягнення домовленості стосовно взаємного визнання документів про підвищення кваліфікації адвокатів асоціаціями різних країн.

Пітер Ковеш розповів про Рекомендації з безперервної професійної освіти адвокатів, які були прийняті ІВА в 2014 році, та Резолюцію ССВЕ з безперервної професійної освіти 2013 року. Загалом зазначені документи передбачають, що:

1. Адвокат повинен навчатися все своє (професійне) життя.

2. Основна відповідальність за діяльність системи безперервної професійної освіти покладається на асоціації адвокатів.

3. Повинні існувати різні форми підвищення кваліфікації (відвідання конференцій та семінарів, написання статей та книжок, викладацька діяльність, дистанційне навчання тощо), причому темами навчання можуть бути не тільки суто правові питання,

а й розвиток інших навичок, потрібних для ефективної роботи (комп'ютерна грамотність, ораторське мистецтво, навички переговорів тощо).

4. Невиконання вимог щодо обов'язкового підвищення кваліфікації повинно мати наслідки для порушника.

5. Асоціації адвокатів мають право на акредитацію програм підвищення кваліфікації, але повинні забезпечити їхню доступність, також мають право визнавати сертифікати асоціацій адвокатів інших країн.

Голова Комітету з міжнародних відносин НААУ **Андрій Костін** зазначив: питання дотримання норм професійної етики та довіри з боку суспільства до справедливості дисциплінарної процедури завжди викликають гостру і навіть емоційну дискусію в адвокатській спільноті. Виступ був присвячений довірі до адвокатури з боку суспільства саме через призму дотримання адвокатами своїх професійних обов'язків. Адже порушення норм професійної етики адвокатом — це дискредитація адвокатури в цілому, і кожен з наших колег, який свідомо чи навіть помилково порушує етичні правила, завдає шкоди нам з вами, тому що перше, що нас пов'яже із клієнтом, — це відносини довіри не тільки особисто нам, але й нашому статусу. Адвокат не може «торгувати» своїм спеціальним статусом, своїми професійними правами і гарантіями, він не може бути «лакеєм» клієнта і діяти за принципом «будь-який каприз за ваші гроші», адже кожний такий випадок — це удар не тільки по адвокатурі в цілому, але й по системі правосуддя в державі. Гроші, побажання клієнта, навіть вказівка керівника адвокатського об'єднання — все це адвокат повинен співвідносити із вимогами закону та правил професійної етики. Адвокат, який за гроші або з інших причин іде на поводу у клієнта, перестає бути незалежним і це може призвести до драматичних для нього результатів. Саме тому закріплення за адвокатами права на судове представництво по всіх категоріях справ суттєво підвищить рівень відповідальності адвокатів, адже зупинення або позбавлення права на адвокатську діяльність буде означати втрату професії, і адвокати повинні це чітко розуміти. Ті, хто не зможе стримати себе у рамках, поступово підуть із професії, і це буде її еволюційне справедливе очищення. Але для збереження належного балансу між порушеннями етики та наслідками таких порушень слід розшири-



ти перелік можливих санкцій та додати деякі нові види, які будуть забезпечувати більш пропорційне співвідношення між порушенням і покаранням. Зараз в нас є дуже м'яке попередження і дуже суворі зупинення та позбавлення права на адвокатську діяльність і нічого між ними. *«Вважаю, що, з огляду на міжнародний досвід, в нас є можливість застосовувати такі ефективні стримуючі варіанти санкцій, як, наприклад, публічне попередження, або обов'язок додаткового проходження підвищення кваліфікації, або штраф. Всі ці санкції є менш суворими, ніж зупинення та позбавлення права, але надають можливість обирати більш виважений варіант реагування на порушення»*, — зазначив **Андрій Костін**.

На продовження цієї теми **Люсі Дюпонг** навела останню практику ЄСПЛ 2015 року, який в кількох рішеннях чітко пов'язує наявність спеціального статусу адвоката та його професійних гарантій із обмеженнями в його поведінці, які регулюються правилами професійної етики. Так, в рішенні 27.01.2015 р. у справі «Кіншес проти Угорщини» Європейський Суд зазначив, що *«спеціальний статус адвокатів надає їм центральне місце у відправленні правосуддя як посередників у відносинах між суспільством і судом. Таке місце пояснює існування звичайних обмежень в поведінці членів асоціацій адвокатів»*. Саме адвокати відіграють ключову роль у забезпеченні довіри членів суспільства до суду. Учасники судових процесів зможуть довіряти системі правосуддя, коли вони будуть мати *«впевненість у можливості юридичної професії здійснювати ефективно представництво»* та якщо *«спеціальна роль адвокатів як незалежних професіоналів покладає [на них] низку обов'язків, особливо відносно їхньої поведінки»* (рішення ЄСПЛ від 23.04.2015 р. у справі «Моріс проти Франції»). Таким чином, адвокат повинен оцінювати свою поведінку через призму її відповідності нормам професійної етики не тільки під час виконання суто професійних обов'язків, а іноді і в приватному житті чи у суспільній діяльності.

Виступ **Мерет Сміт** був присвячений належній організації дисциплінарного провадження щодо адвокатів. За її висновком дисциплінарна процедура повинна сприяти суспільній довірі до юридичної професії в цілому, включаючи підвищення довіри як до професії з високою якістю. Тільки добре функціонуючий дисциплінарний режим буде викликати довіру з боку клієнтів, суспільства та самих адвокатів.

Пані Сміт серед іншого поділилася досвідом Асоціації адвокатів Норвегії, яку вона очолює, з приводу відкриття інформації про рішення дисциплінарних органів за останні 5 років, а також про публічність інформації щодо притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Публікація рішень допомогла підвищити довіру до якості та справедливості рішень дисциплінарних органів, адже чи повірите ви у бездоганність та справедливість рішення, яке ви не маєте можливості прочитати? Щодо інформації про притягнення конкретного адвоката це розглядається як додаткова можливість оцінки адвоката при його обранні клієнтом. Питання рівня відкритості інформації про дисциплінарну процедуру є дискусійними і в нашій адвокатській спільноті, тому такий досвід європейських колег є дуже важливим.

Учасники конференції детально обговорили питання страхування цивільної відповідальності адвоката. **Pitiric Йокубаускас** вважає, що так само, як правова освіта, професійна етика або професійна таємниця, страхування цивільної відповідальності є характерною ознакою професії адвоката. Воно необхідне для адвокатів, але навіть більше страхування необхідне клієнтам. Через особливий статус адвоката у правовій системі, невизначеність компенсації або ще гірше — нездатність компенсувати витрати клієнта у випадку професійної некомпетентності створюється недовіра до професії адвоката і навіть правової системи в цілому.

Страхування професійної відповідальності для адвокатів є обов'язковим у переважній більшості європейських країн: Австрія, Бельгія, Кіпр, Чехія, Данія, Естонія, Фінляндія, Франція, Німеччина, Угорщина, Ісландія, Ірландія, Італія, Литва, Ліхтенштейн, Люксембург, Норвегія, Польща, Португалія, Румунія, Словаччина, Словенія, Швеція, Нідерланди, Великобританія.

Схеми страхування професійної відповідальності можуть бути індивідуальними, колективними або змішаними. Багато європейських країн мають індивідуальну схему страхування професійної відповідальності.

У 2004 році ССВЕ прийняло мінімальні стандарти для європейських адвокатів щодо страхування професійної відповідальності. ССВЕ рекомендує адвокатам — членам асоціації, всім помічникам адвокатів прийняти вказані нижче мінімальні стандарти страхування професійної відповідальності:



1. Повинні бути обов'язкові вимоги до всіх застрахованих адвокатів від цивільної (або суспільної) правової відповідальності, що виникає через їх правову діяльність.

2. Мінімальна сума такого покриття повинна бути € 100000 будь-якої претензії з сукупного рівня € 200000 в цілому протягом одного року. Ці суми мають бути періодично переглянуті.

3. Витрати на захист повинні бути покриті на додаток до згаданої сукупності.

4. За необхідності покриття має бути розширеним для всіх партнерів, директорів, колишніх партнерів, стажерів і співробітників або будь-якої іншої пов'язаної особи.

5. Якщо адвокат або адвокатська фірма зупиняють свою діяльність в період, коли вони вже не є застрахованими, страховий поліс повинен розповсюджуватись на період, який якомога ближче до строку позовної давності у цій державі.

6. Рішення про те, чи має поліс бути написаний на основі «вчиненого діяння» або на основі «зроблених тверджень», повинно бути визначено на національному рівні.

Питання страхування відповідальності адвоката є критерієм належної якості виконання взятих на себе зобов'язань, а також запорукою отримання конденсації клієнтом у разі неналежної чи непрофесійної поведінки адвоката.

Гості зазначили, що із підписанням Україною Угоди про асоціацію з ЄС іншого виходу, окрім встановлення монополії, немає.

Підсумовуючи роботу конференції, **Лідія Ізовітова** подякувала всім іноземним експертам та співорганізаторам конференції із IBA та ССВЕ, особливо за підтримку та обґрунтування позиції НААУ щодо необхідності закріплення виключно за адвокатами представництва інтересів у судах по всіх категоріях справ.





СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТІВ ЯК МІЖНАРОДНИЙ СТАНДАРТ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ



Роман Афанасієв, адвокат, член Ради адвокатів України, доцент, к. ю. н.

Обов'язкове страхування професійної відповідальності адвокатів є одним із міжнародних стандартів адвокатської діяльності, що знаходить своє відображення в законодавстві багатьох країн світу. Відповідно до п. 3.9 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства від 01.10.88 р. адвокати завжди повинні бути застраховані від пред'явлення позовів, пов'язаних з недостатньою професійною компетентністю. На виконання цього припису більшість країн Європейського Співтовариства запровадили обов'язкове страхування професійної відповідальності адвокатів. Активне застосування цього виду страхування має місце також у США та Великобританії.

Законодавство України, зокрема новий Закон України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»¹, не містить норм, що регулювали б страхування професійної відповідальності адвокатів. Відтак серед видів страхування професійної відповідальності на українському ринку страхових послуг страхування професійної відповідальності адвокатів є актуальним та проблематичним. Разом з тим недостатній стан наукової розробки і відсутність нормативно-правової регламентації проблематики механізму захисту інтересів клієнтів від професійних помилок адвокатів при здійсненні ними адвокатської діяльності та забезпечення майнових інтересів адвокатів в умовах настання їхньої матеріальної відповідальності шляхом застосування інституту страхування професійної відповідальності адвокатів породжує проблеми його практичного правозастосування та викликає необхідність поглиблення досліджень в окресленій сфері.

Аналіз положень Конституції України та Закону № 5076 дає підстави стверджувати, що адвокатська діяльність — це професійна діяльність спеціальних суб'єктів — адвокатів, наділених особливим правовим статусом. Специфічна роль адвоката визначається в нормативно-правових актах Європейського Сою-

зу та України. Зокрема, в Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства зазначається про те, що у будь-якій правовій державі адвокату відведено особливу роль, його призначення не обмежене сумлінним виконанням свого обов'язку у межах закону. Адвокат має діяти в інтересах права в цілому, так само як і в інтересах тих, чії права і свободи йому довірено захищати, не лише виступати в суді від імені клієнта, а й надавати йому юридичну допомогу у вигляді порад і консультацій.

Важливість функціонального навантаження адвокатури вимагає від адвокатів дотримання високих етичних стандартів поведінки. Слідування адвокатами деонтологічним вимогам і правилам розглядається світовою адвокатською спільнотою як необхідна передумова повноцінного функціонування адвокатури, виконання нею її важливої соціальної ролі в демократичному суспільстві. При цьому специфіка, комплексний характер обов'язків, що покладені на адвокатуру, обумовлюють необхідність збалансування засад служіння адвоката інтересам окремого клієнта та інтересам суспільства в цілому, дотримання принципів законності і верховенства права.

Адвокат, як і будь-яка інша особа, може бути підданий заходам правової відповідальності кримінального чи ад-

¹ Далі за текстом — Закон № 5076.



міністративного характеру за вчинення ним відповідних правопорушень. Особливий статус адвоката передбачає також за порушення ним професійних обов'язків, передбачених ст. 21 Закону № 5076, та допущення іншого дисциплінарного проступку, зокрема порушення Правил адвокатської етики, можливість застосування до адвоката заходів дисциплінарної відповідальності в порядку, передбаченому чинним законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність, а також актами Національної асоціації адвокатів України². На цей час усе частіше в наукових осередках і практичних колах висловлюються пропозиції розширити перелік заходів дисциплінарних стягнень адвоката, додавши матеріальні стягнення.

Специфічна сфера адвокатської діяльності та особливі функції адвокатури породжують підвищений ступінь ризику ймовірності завдання адвокатом майнової та моральної шкоди третім особам чи клієнту під час здійснення ним професійної діяльності. Тож, окрім перелічених заходів відповідальності, адвокат усе частіше стає суб'єктом цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ним у процесі здійснення його діяльності.

Таким чином, поняття страхування професійної відповідальності адвоката акумулює в собі загальні положення про страхування як вид цивільно-правових відносин, особливості статусу адвоката та умови його професійної діяльності. Тому поняття професійної відповідальності не слід ототожнювати з поняттям цивільно-правової відповідальності, яке, по-суті, має більш широке змістовне навантаження. Говорячи про професійну відповідальність, ми ведемо мову про відповідальність адвоката при здійсненні ним професійної функції, тобто адвокатської діяльності.

Тож професійна відповідальність адвоката — це застосування до адвоката, який діє відповідно до свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю та внесення до Єдиного реєстру адвокатів України, у випадку завдання ним шкоди клієнту чи третім особам діями або бездіяльністю при виконанні професійних обов'язків заходів негативного характеру у вигляді санкцій (додаткових обтяжень), направлених на відновлення порушених прав та інтересів осіб, яким завдано шкоду.

Страхування такої відповідальності спрямоване як на захист майнових прав осіб, постраждалих у результаті дії або бездіяльності страхувальника, так і на захист фінансового стану самого адвоката. Отже, значення цього інституту важливе як для страхувальників, так і для

постраждалих осіб. З одного боку, цивільно-правовий принцип повного і безумовного відшкодування шкоди потерпілому вимагає, щоб винний суб'єкт, а в нашому випадку таким суб'єктом виступає адвокат, відшкодував завдану шкоду в повному обсязі. З іншого боку, відшкодування шкоди, завданої адвокатом третім особам чи клієнту, може відволікати значні матеріальні та часові ресурси такого адвоката на шкоду іншим справам та може призвести до втрати адвокатом платоспроможності у випадку значних збитків. Факти неповного та невчасного відшкодування адвокатами завданої шкоди справляють негативний відбиток на репутації таких адвокатів та іміджі інституту адвокатури в цілому. Страхування ж звільняє адвоката від необхідності компенсувати шкоду в межах суми, встановленої договором, судових витрат, судових процедур. До компетенції службового апарату страхової компанії належить також з'ясування обґрунтованості претензій постраждалого, участь, при необхідності, в судових процедурах і відмова в компенсаційних виплатах у випадках безпідставності таких вимог.

Таким чином, страхування професійної відповідальності адвокатів здійснюється з метою забезпечення відшкодування шкоди, завданої майновим інтересам клієнтів страхувальника та/або третіх осіб, та інтересів самих адвокатів.

З огляду на викладене, уявляється доцільною точка зору про необхідність запровадження обов'язкової форми страхування професійної відповідальності адвокатів шляхом внесення відповідних змін до Закону № 5076 та Закону України від 07.03.96 р. № 85/96 «Про страхування».

Таке правило обґрунтовано запроваджено, наприклад, для нотаріусів, які здійснюють приватну нотаріальну діяльність, відповідно до ст. 28 Закону України від 02.09.93 р. № 3425 «Про нотаріат», якою визначено, що для забезпечення відшкодування заподіяної внаслідок вчиненої нотаріальної дії шкоди приватний нотаріус зобов'язаний до початку зайняття приватною нотаріальною діяльністю укласти договір страхування своєї відповідальності.

Аналіз наукової літератури, зокрема праць Л. М. Горбача, О. Б. Кауна, О. М. Залєтова, Т. А. Говорушко та інших, дозволяє стверджувати про обґрунтованість такої точки зору.

Основним аргументом проти обов'язкового страхування професійної відповідальності адвокатів є практика непоодиноких випадків необґрунтованих відмов

² Далі за текстом — НААУ.



страхових компаній у проведенні належних виплат сум страхових відшкодувань, штучне зменшення сум компенсацій, навмисне затягування процесу страхового розслідування і виплат. Ці недоліки свідчать про практичний бік проблематики. Однак, на наш погляд, їх вирішення має відбуватися в напрямку удосконалення страхового законодавства, боротьби з недобросовісними страховими компаніями шляхом застосування до них фінансових санкцій і позбавлення ліцензій. Практика ж страхування у сфері адвокатури має складатися виключно з добросовісними страхувальниками з високим станом ділової репутації, а рекомендаційну допомогу адвокатам в обранні таких страхових компаній може надавати НААУ.

У світовій практиці існують різні системи страхування професійної відповідальності адвокатів, які можна систематизувати у три види:

— самострахування, тобто шляхом об'єднання адвокатів у товариства взаємного страхування;

— індивідуальне страхування, коли адвокат сам звертається до страхової компанії, яку обирає на власний розсуд;

— колективне страхування, коли у відносини зі страховою компанією вступає адвокатська асоціація (наприклад, НААУ), яка представляє інтереси всіх своїх членів при укладенні договору страхування професійної відповідальності.

Уявляється, що в Україні перша запропонована форма (шляхом самострахування) не матиме достатнього ступеня ефективності через відсутність усталеної практики і правової культури такого страхування. При цій формі страхування проблеми, які мають бути вирішені за рахунок страхування професійної відповідальності, залишаться у сфері обов'язків адвокатів, отже, мета страхування не буде досягнута.

Ефективність двох останніх форм страхування є більш обґрунтованою. Питання вибору конкретної форми чи запровадження обох залишається дискусійним і потребує окремого науково-практичного аналізу.

Щодо нормативного регулювання інституту страхування професійної відповідальності адвокатів, то слід відзначити, що на сьогодні таке страхування регулюється в загальному вигляді нормами Цивільного кодексу України та Закону України «Про страхування».

Отже, наразі страхування професійної відповідальності адвокатів здійснюється на добровільній договірній основі, але не є поширеним серед адвокатів, оскільки не має належного рівня законодавчої регламентації і відповідного правового стимулювання.

Предметом договору страхування професійної відповідальності адвоката є майнові інтереси страхувальника — адвоката, пов'язані з відповідальністю за шкоду, завдану третім особам чи клієнту в результаті здійснення адвокатської діяльності діями або бездіяльністю такого адвоката. Вигодонабувачами за цим договором є фізичні та юридичні особи, які звернулись до адвоката, тобто клієнти, та/або треті особи.

Страховими ризиками за таким договором страхування, наприклад, можуть бути: невиконання або неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків; розголошення адвокатом відомостей та оголошення документів, які складають предмет адвокатської таємниці, за винятком випадків, передбачених законом або договором про надання правової допомоги; здійснення адвокатом дій, які суперечать чинному законодавству України або нормам міжнародного права та які завдали шкоду клієнту та/або третім особам; втрата, знищення або пошкодження документів, пов'язаних із професійною діяльністю адвоката, тощо.

Страховим випадком за договором страхування професійної відповідальності адвоката ми пропонуємо вважати подію, передбачену договором страхування або законодавством, у результаті якої настає професійна відповідальність адвоката щодо відшкодування шкоди, завданої клієнту та/або третій особі внаслідок настання страхового ризику, і з настанням якої у страховика виникає обов'язок здійснити виплату страхового відшкодування вигодонабувачу.

Таким чином, саме завдяки розвитку відповідного науково-теоретичного підґрунтя можуть бути створені об'єктивні умови у сфері практичного застосування обов'язкового страхування професійної відповідальності адвокатів. Це дозволить стимулювати зацікавленість адвокатів у практичній реалізації страхування їхньої професійної відповідальності виключно за умови налагодженого механізму ефективного і своєчасного забезпечення страхових виплат. В Україні можливе запровадження системи індивідуального страхування, коли адвокат сам звертається до страхової компанії, яку обирає на власний розсуд, або ж колективного страхування, коли у відносини зі страховою компанією вступатиме НААУ, яка представляє інтереси всіх адвокатів при укладенні договору страхування професійної відповідальності. Питання вибору конкретної форми чи запровадження обох залишається дискусійним і потребує окремого науково-практичного аналізу.



ОПОДАТКУВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА ПІД ЧАС ЗУПИНЕННЯ ПРАВА НА ЗАЙНЯТТЯ АДВОКАТСЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ



Андрій Чебаненко, адвокат, член дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури Одеської області

Інститут зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю є невід'ємною складовою системи адвокатури. Водночас модернізація цього інституту породжує чимало практичних питань — у тому числі й щодо оподаткування діяльності адвоката під час застосування дисциплінарного стягнення у вигляді тимчасового зупинення адвокатської діяльності чи зупинення цієї діяльності з інших підстав.

Слід відзначити, що на різних етапах розвитку адвокатури незалежної України, починаючи з 1992 року і на сьогоднішній час, інститут зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю зазнавав неодноразових змін як за формою, так і за змістом.

Зокрема, ч. 1 ст. 16 Закону України від 19.12.92 р. № 2887 «Про адвокатуру»¹, який вже втратив чинність, було передбачено зупинення дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю на строк до одного року як один з видів дисциплінарного стягнення, яке могло бути застосоване до адвоката на підставі

рішення дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за допущені порушення вимог цього Закону, інших актів законодавства України, що регулюють діяльність адвокатури, а також Присяги адвоката України.

На відміну від ч. 1 ст. 16 Закону № 2887, ч. 1 ст. 13 чинного Закону України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»² передбачає не одну, а цілих чотири самостійні **підстави зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю**:

1	подання адвокатом заяви про зупинення адвокатської діяльності
2	набрання законної сили обвинувальним вироком суду стосовно адвоката за вчинення злочину, крім випадку, передбаченого п. 6 ч. 1 ст. 32 цього Закону <i>(тобто набрання законної сили обвинувальним вироком суду стосовно адвоката за вчинення тяжкого, особливо тяжкого злочину, а також злочину середньої тяжкості, за який призначено покарання у вигляді позбавлення волі, що є самостійною підставою не зупинення, а припинення права на зайняття адвокатською діяльністю — примітка автора)</i>
3	накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю
4	визнання адвоката за рішенням суду недієздатним або обмежено дієздатним

¹ Далі за текстом — Закон № 2887.

² Далі за текстом — Закон № 5076.



Незалежно від наявності тієї чи іншої підстави зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю, диспозиція ч. 5 ст. 31 Закону № 5076 встановлює заборону на зайняття адвокатом адвокатською діяльністю протягом усього строку її зупинення, а також заборону такому адвокату брати участь у роботі органів адвокатського самоврядування, крім випадків, коли таке право зупинено у зв'язку з призначенням адвоката на посаду до органу державної влади З'їздом адвокатів України.

Відповідно до ч. 6 ст. 31 Закону № 5076 відомості про зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю вносяться до Єдиного реєстру адвокатів України.

Оскільки згідно з п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону № 5076 діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту є незалежною професійною діяльністю, то у розумінні п.п. 14.1.226 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України³ він є самозайнятою особою, тобто платником податку на доходи фізичних осіб.

Відповідно до п. 178.1 ст. 178 ПК адвокат зобов'язаний стати на облік в органі державної фіскальної служби за місцем реєстрації свого постійного проживання та отримати довідку встановленої форми про взяття на облік.

Процедура взяття на облік доволі докладно виписана в Порядку обліку платників податків і зборів, затвердженому наказом Міністерства фінансів України від 09.12.11 р. № 1588⁴, норми якого, на превеликий жаль, чітких вказівок щодо зняття з обліку у якості платника податків у зв'язку із зупиненням права на зайняття не тільки адвокатською, а й іншою незалежною професійною діяльністю, не передбачають.

Згідно з п. 178.3 ст. 178 ПК оподатковуваним доходом адвоката є сукупний чистий дохід у вигляді різниці між отриманим доходом і документально підтвердженими витратами, необхідними для провадження адвокатської діяльності.

І нарешті, п. 178.4 ст. 178 ПК передбачений обов'язок адвоката подати податкову декларацію

за результатами звітного року у строки, встановлені для платників податку на доходи фізичних осіб, тобто не пізніше 1 травня року, наступного за звітним.

Крім того, відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 4 Закону України від 08.07.10 р. № 2464 «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування»⁵ адвокати є платниками єдиного соціального внеску.

Згідно з ч. 4 ст. 5 Закону № 2464 обов'язок нарахування і сплати цього внеску виникає у адвоката з початку провадження адвокатської діяльності, базою нарахування якого відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 7 цього ж Закону є сума доходу, що підлягає обкладенню податком на доходи фізичних осіб і не може бути меншою за розмір мінімального страхового внеску за місяць, в якому отримано дохід (прибуток).

Доречно нагадати, що 03.08.14 р. набув чинності Закон України від 31.07.14 р. № 1621 «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України»⁶. Відповідно до цього Закону підрозд. 10 розд. XX ПК був доповнений п. 16¹ такого змісту:

«Тимчасово, до 1 січня 2015 року, встановлюється військовий збір.»

1.1. Платниками збору є особи, визначені пунктом 162.1 статті 162 цього Кодексу.

1.2. Об'єктом оподаткування збором є доходи у формі заробітної плати, інших заохочувальних та компенсаційних виплат або інших виплат і винагород, які нараховуються (виплачуються, надаються) платнику у зв'язку з трудовими відносинами та за цивільно-правовими договорами; виграшу в державну та недержавну грошову лотерею, виграш гравця (учасника), отриманий від організатора азартної гри.

1.3. Ставка збору становить 1,5 відсотка від об'єкта оподаткування, визначеного підпунктом 1.2 цього пункту».

У подальшому Законом України від 28.12.14 р. № 71 «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи»⁷ до вже відомого п. 16¹ під-

³ Далі за текстом — ПК.

⁴ Далі за текстом — Порядок № 1588.

⁵ Далі за текстом — Закон № 2464.

⁶ Далі за текстом — Закон № 1621.

⁷ Далі за текстом — Закон № 71.



розд. 10 розд. XX ПК були внесені зміни наступного характеру:

1. В абзаці першому слова і цифри «до 1 січня 2015 року» були замінені словосполученням «до набрання чинності рішенням Верховної Ради України про завершення реформи Збройних Сил України».

2. Підпункт 1.2 був викладений у такій редакції: «Об'єктом оподаткування є доходи, визначені статтею 163 цього Кодексу» (тобто не що інше, як загальний місячний (річний) оподатковуваний дохід

адвоката — прим. автора).

Оскільки укладені адвокатом договори про надання правової допомоги клієнтам за своєю природою є цивільно-правовими договорами, то отримані від клієнтів суми гонорару є об'єктом обкладення податком на доходи фізичних осіб, базою для нарахування єдиного соціального внеску, об'єктом нарахування і сплати військового збору.

Наведені норми згаданих законів України у своїй сукупності дають підстави для наступних висновків:

1	Обов'язок нарахування і сплати податку на доходи фізичних осіб, єдиного соціального внеску, військового збору виникає у адвоката лише при отриманні доходу внаслідок здійснення адвокатської діяльності
2	Оскільки згідно з ч. 5 ст. 31 Закону № 5076 протягом усього строку зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю незалежно від конкретних підстав адвокат не має права її здійснювати, то у цей період часу встановленого законом обов'язку нарахування і сплати згаданих податків і зборів у нього не виникає
3	Відповідно до п. 178.4 ст. 178 ПК під час зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю адвокат не звільнений від обов'язку подання так званої «нульової», без зазначення доходу, податкової декларації за результатами звітного року у строки, передбачені для платників податку на доходи фізичних осіб, тобто не пізніше 1 травня року, наступного за звітним

Вищенаведені висновки мають суто практичне значення, оскільки органи Державної фіскальної служби України, користуючись наявною прогалиною у підзаконному акті, тобто в Порядку № 1588, у вигляді відсутності механізму зупинення права на зайняття не тільки адвокатською, а й іншою незалежною професійною діяльністю з числа встановлених відповідними галузевими законами, можуть висувати до адвоката вимоги у вигляді нарахування і сплати податку на доходи фізичних осіб, єдиного соціального внеску, військового збору, штрафів, фінансових санкцій тощо, посилаючись на те, що адвокат продовжує перебувати на обліку як платник податків і зборів, а відтак повинен їх нараховувати і сплачувати.

Однак такі вимоги з боку згаданих органів є неправомірними.

Відповідно до 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.

Наведеними нормами ПК, Закону № 2464, Закону № 1621, Закону № 71 визначено, що обов'язок нараху-

вання і сплати адвокатом податку на доходи фізичних осіб, єдиного соціального внеску, військового збору виникає лише за умови наявності фактично отриманого доходу у вигляді сплаченого клієнтом гонорару від здійснення адвокатської діяльності.

Таким чином, у адвоката, право на зайняття адвокатською діяльністю якого зупинено незалежно від передбаченої пунктами 1 — 4 ч. 1 ст. 31 Закону № 5076 конкретної підстави, вищезгаданого доходу виникати не може, що повинно підтверджуватись відомостями подання так званої «нульової», без зазначення доходу, податкової декларації за результатами звітного року у строки, передбачені для платників податку на доходи фізичних осіб, тобто не пізніше 1 травня року, наступного за звітним.

Як уже зазначалося, інститут зупинення права на зайняття адвокатською, а також будь-якою іншою незалежною професійною діяльністю, на превеликий жаль, в нормах Порядку № 1588 свого відображення не знайшов.

Дієвого механізму зупинення права на зайняття не тільки адвокатською, а й іншою незалежною про-



фесійною діяльністю з числа встановлених відповідними галузевими законами, цим підзаконним актом не передбачено.

Згідно з п.п. 2 п. 11.32 згаданого Порядку фізичні особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, знімаються з обліку в якості платників податків і зборів лише після припинення такої діяльності у встановленому законом порядку.

Очевидно, що в цьому випадку має місце неузгодженість цього підзаконного нормативного акта з приписами, передбаченими ч. 5, 6 ст. 31 Закону № 5076, що не відповідає принципу верховенства права, закріпленого у ч. 1 ст. 8 Конституції України.

Оскільки наведена неузгодженість є умовою для вчинення різних, у тому числі і корупційних, зловживань з боку органів державної влади, їх посадових осіб стосовно адвокатів, то з метою забезпечення захисту професійних прав адвокатів України від можливих необґрунтованих вимог з боку органів Державної фіскальної служби під час зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю автор як практикуючий адвокат з тривалим стажем адвокатської діяльності вважає за доцільне, щоб відповідний Комітет Ради адвокатів України звернувся до Міністерства фінансів України, Міністерства

юстиції України з обґрунтованими пропозиціями щодо приведення у відповідність Порядку № 1588 з диспозиціями ч. 5, 6 ст. 31 Закону № 5076 шляхом доповнення цього Порядку окремим розділом стосовно зупинення права зайняття адвокатською або іншою незалежною професійною діяльністю платників податків і зборів з відповідними пунктами про те, що відомості про конкретні підстави зупинення права на зайняття адвокатською, іншою незалежною професійною діяльністю з посиланням на відповідне рішення компетентного органу (Ради адвокатів регіону, іншого органу, до компетенції якого входить прийняття рішення про зупинення права на зайняття адвокатською, іншою незалежною професійною діяльністю) вносяться органами Державної фіскальної служби до Реєстру самозайнятих осіб з видачею такому адвокату, іншій самозайнятій особі довідки встановленої форми, а також про те, що під час зупинення права на зайняття адвокатською, іншою незалежною професійною діяльністю адвокат, інша особа з числа зазначених зобов'язані подавати за результатами звітнього року декларацію про відсутність відповідного доходу від зайняття адвокатською, іншою незалежною професійною діяльністю без обов'язку нарахування і сплати від неї податків і зборів.



АДВОКАТУРА УКРАЇНИ: ДЕКЛАРАЦІЯ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Декларація щодо захисту прав людини у кримінальному провадженні є узагальненням вимог та пропозицій тисяч адвокатів з приводу того, яких змін потребує сучасне кримінальне судочинство в Україні.

Основну її частину було напрацьовано в ході більш як тридцяти відкритих заходів упродовж 2014 року. Початковий проект Декларації переглядався під час проведення низки обговорень з практикуючими адвокатами в різних регіонах України навесні 2015 року, а також через електронні джерела. Декларація висвітлює ситуації, за яких кримінальне провадження відхиляється від закону настільки, що перешкоджає реалізації професійних прав адвокатів та порушує загальнолюдські права їхніх клієнтів. Отже, Декларація являє собою інструмент для втілення змін у руках адвокатської спільноти.

Декларація не є юридичним чи науковим документом та розроблена адвокатами для того, щоб привернути увагу суспільства до найбільш поширених звичаїв порушення кримінального процесуального законодавства, і врешті — сприяти їх викоріненню.

Основними шляхами імплементації Декларації щодо захисту прав людини у кримінальному провадженні є:

- I. Розвиток зовнішніх зв'язків адвокатів, регіональних органів адвокатського самоврядування із засобами масової інформації та громадськими організаціями задля інформаційного висвітлення, моніторингу та усунення випадків порушення прав людини у кримінальному провадженні.

- II. Розвиток відкритого діалогу між суддями, прокурорами, слідчими та адвокатами задля дотримання змагальності кримінального процесу, рівності сторін та однакового застосування закону.

- III. Підвищення професійної етики адвокатів, суддів, працівників прокуратури та інших правоохоронних органів задля превенції порушень прав людини у кримінальному провадженні.

- IV. Напрацювання дієвих механізмів захисту прав людини у кримінальному провадженні та механізмів захисту прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності, що включатимуть заходи по відновленню прав, порушених неправомірними діями, і невідворотності відповідальності особи, яка вчинила правопорушення.

- V. Розроблення пропозицій і рекомендацій до проектів законів та інших нормативно-правових актів у сфері кримінального судочинства.

ДЕКЛАРАЦІЯ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

ПРЕАМБУЛА

Враховуючи численні порушення прав людини, які допускаються учасниками кримінального провадження через недотримання вимог законодавства та його недосконалість,

Усвідомлюючи потребу в необхідності проведення реальних змін у сфері кримінальної юстиції та співпраці ключових її інституцій, громадянського суспільства, засобів масової інформації та міжнародних установ,



Прагнучи привернути увагу громадянського суспільства та засобів масової інформації до найбільш поширених порушень приписів кримінального процесуального законодавства, правил професійної етики та поведінки учасників процесу,

Маючи на меті привести правозастосування у відповідність до високих національних та міжнародних стандартів кримінального процесу,

Наголошуючи на фундаментальній ролі адвокатів у забезпеченні захисту прав і свобод людини та здійсненні справедливого правосуддя,

Керуючись Конституцією України, Загальною декларацією прав людини, Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, Декларацією основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою, Основними положеннями про роль адвокатів (прийнятими VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року), Кримінальним та Кримінальним процесуальним кодексами України, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», іншими нормативно-правовими актами, спрямованими на реалізацію та захист прав і свобод людини,

Адвокатура України підготувала Декларацію щодо захисту прав людини у кримінальному провадженні (далі — **Декларація**), яка відображає позицію практикуючих адвокатів України стосовно «правил чесної поведінки» суддів, прокурорів та адвокатів, а також інших осіб.

Декларацію розроблено на основі консультативного процесу між практикуючими адвокатами з усіх регіонів України під егідою Національної асоціації адвокатів України за участю низки професійних об'єднань адвокатів України, зокрема ВГО «Асоціація правників України», ВГО «Асоціація адвокатів України», ВГО «Спілка адвокатів України», Громадської організації «Захист прав людини». Декларацію розроблено за сприяння Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні», який впроваджується за фінансової підтримки Європейського Союзу.

РОЗДІЛ I СУД

АДВОКАТИ ДОТРИМУЮТЬСЯ ДУМКИ, ЩО:

1.1. Судді повинні докладати більше зусиль у здійсненні правосуддя відповідно до міжнародних стандартів, закріплених, зокрема, в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, практиці Європейського суду з прав людини;

1.2. Незалежність та неупередженість суддів необхідно поважати в повному обсязі на практиці. Судді за жодних обставин не повинні піддаватися впливу ззовні, політичному чи іншому тиску;

1.3. Судді повинні виконувати свої професійні обов'язки незалежно та приймати рішення по справі, керуючись тільки законом та дослідженими доказами. Голови судів не повинні впливати на процес прийняття суддями рішень по справі;

1.4. Судді повинні задовольняти заяви про відвід у разі їх обґрунтування доказами, які викликають сумнів в неупередженості судді;

1.5. Судді зобов'язані уникати позапроцесуального спілкування із стороною обвинувачення або захисту за відсутності іншої сторони. Судді повинні утримуватися від будь-яких дій та поведінки, які могли б поставити під сумнів їх незалежність та неупередженість;

1.6. Судді мають виконувати свої функції, керуючись принципом рівного ставлення до сторін. Поведінка судді не повинна демонструвати його позитивне чи негативне ставлення до показань чи інших досліджуваних доказів, а техніка постановки запитань — прихильності чи упередженості до однієї із сторін;



1.7. Судді повинні ставитися з повагою до всіх учасників процесу в усіх випадках. Слова, тон голосу судді повинні бути виваженими. Судді повинні уникати будь-яких дій чи бездіяльності (наприклад, користування мобільним телефоном), які демонструють неповагу до учасників процесу та незацікавленість ходом судового розгляду;

1.8. Судді не повинні піддавати сумніву тактику захисту, якщо вона не суперечить закону та Правилам адвокатської етики;

1.9. Судді повинні надавати стороні захисту достатньо часу для підготовки та здійснення захисту;

1.10. Судді зобов'язані сприяти доступу захисників до матеріалів справ, аудіозаписів судових засідань;

1.11. Суддям необхідно приймати рішення про застосування запобіжних заходів лише за умови доведення прокурором наявності всіх передбачених законом обставин, а у разі їх недоведення — відмовляти в застосуванні запобіжного заходу;

1.12. Судді повинні враховувати, що тримання особи під вартою не може застосовуватися лише з мотиву тяжкості злочину, в якому обвинувачується особа, а час тримання під вартою не є очікуванням вироку;

1.13. Судді повинні визнавати докази недопустимими, якщо вони були отримані з істотним порушенням прав і свобод людини та щодо яких було порушено правила отримання, вилучення, обліку та зберігання. Рішення суду про визнання доказів допустимими або недопустимими повинно бути вмотивоване у всіх випадках;

1.14. Судді повинні ретельно оцінювати висновки експерта відповідно до критеріїв належності та допустимості, а також враховувати, з-поміж іншого, обставини підготовки висновку, кваліфікацію експерта. Жодні преференції не повинні надаватися експертам або їхнім показам в силу роботи експертів у державних спеціалізованих установах чи поза їх межами. Судді повинні оцінювати висновки експерта з урахуванням інших доказів;

1.15. Судді повинні ретельно перевіряти всі обставини укладення угоди про визнання винуватості, щоб встановити її відповідність вимогам закону, добровільність, факт усвідомлення обвинуваченим наслідків її укладення тощо;

1.16. Судді повинні розглядати справи з належною ретельністю впродовж розумного строку;

1.17. Суддям необхідно вживати відповідних заходів реагування у разі неявки на судовий розгляд прокурора, експерта, свідків, нездійснення пенітенціарною службою доставки до суду обвинувачених, які тримаються під вартою;

1.18. Судді не повинні відкладати розгляд справ, якщо це не є виправданим відповідно до вимог закону або обставин справи. Рішення, що стосуються відкладення розгляду справ, повинні бути вмотивованими у всіх випадках;

1.19. Суддям слід організувати свою роботу так, щоб справи розглядалися в призначений час, а першочергово здійснювався розгляд справ щодо осіб, які тримаються під вартою, та неповнолітніх;

1.20. При призначенні судових засідань суддям необхідно враховувати час, коли особу буде доставлено до суду, та докладати зусиль, щоб очікування затриманою особою судового засідання було щонайкоротше. Судді повинні враховувати, що в установах попереднього тримання під вартою є встановлені часи видачі їжі, і проводити судові засідання так, щоб ув'язнені не були позбавлені права на харчування;

1.21. Судді повинні підвищувати якість судових рішень та наводити належні, достатні мотиви і підстави ухвалення судового рішення. Судді повинні обґрунтовувати свої рішення лише тими доказами, які були досліджені безпосередньо під час судового розгляду;

1.22. Судді повинні притягатися до відповідальності за порушення кримінального процесуального законодавства при наявності умислу або грубої необережності. Винесення виправдувального вироку, скасування рішення судді судом вищестоящої інстанції, винесення рішення Європейським судом з прав людини про порушення прав людини не повинно слугувати безумовною підставою для притягнення судді до відповідальності;



1.23. Режим роботи канцелярії суду повинен забезпечити можливість подання документів у будь-який час роботи суду;

1.24. Кодекс суддівської етики необхідно деталізувати шляхом розробки коментаря, який повинен слугувати практичним посібником, що визначає основу професійної діяльності судді відповідно до принципів незалежності, неупередженості, верховенства права, вимог національного законодавства та кращих міжнародних практик.

РОЗДІЛ II СТОРОНА ОБВИНУВАННЯ

АДВОКАТИ ВВАЖАЮТЬ, ЩО:

2.1. Працівники органів досудового розслідування та прокуратури повинні докладати більше зусиль задля виконання своїх функцій відповідно до міжнародних стандартів, закріплених, зокрема, в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, практиці Європейського суду з прав людини;

2.2. В силу рівності сторін у процесі, сторона обвинувачення не повинна мати привілейованого становища в ході кримінального провадження;

2.3. Прокурори, слідчі повинні невідкладно вносити відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань;

2.4. Якщо у слідства є наявні достатні докази для повідомлення особі про підозру про вчинення злочину, то сторона обвинувачення не повинна для досягнення своєї тактичної вигоди здійснювати досудове розслідування без висунення такої підозри;

2.5. Сторона обвинувачення має уникати випадків, коли повідомлення про підозру вручається особі безпосередньо перед надсиланням обвинувального акта до суду;

2.6. Прокурори повинні надавати суду конкретні докази щодо необхідності застосування/продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;

2.7. Слідчий, прокурор не повинні здійснювати тиск на затриманого щодо обрання та залучення захисника. Слідчий, прокурор повинні негайно інформувати центри безоплатної правової допомоги про факт затримання особи;

2.8. Сторона обвинувачення повинна сприяти стороні захисту в отриманні доказів, проведенні слідчих дій;

2.9. Сторона обвинувачення зобов'язана сприяти отриманню стороною захисту належного доступу до матеріалів справи, забезпеченню наявності достатнього часу для ознайомлення з ними та підготовки захисту;

2.10. Стороні обвинувачення неприпустимо здійснювати незаконний вплив, тиск на учасників процесу;

2.11. Прокурори повинні використовувати своє право на оскарження лише у випадках, коли існують обґрунтовані підстави для скасування або зміни судового рішення. Прокурори не повинні користуватися своїм правом на оскарження як звичайною практикою;

2.12. Прокурорам неприпустимо оскаржувати рішення суду, якщо за наслідками розгляду справи обвинуваченому суд обрав міру покарання, яку просив прокурор. Прокурори не повинні використовувати своє право на оскарження щодо справ, в яких вони не підтримували обвинувачення у попередній інстанції;

2.13. Сторона обвинувачення повинна дотримуватися розумних строків вчинення процесуальних дій на будь-якій стадії кримінального провадження;

2.14. У разі відмови прокурора від обвинувачення потерпілий вправі підтримувати обвинувачення за обов'язкової участі адвоката як його представника;

2.15. Посадові особи сторони обвинувачення повинні у всіх випадках притягуватися до відповідальності за порушення кримінального процесуального законодавства;

2.16. Прокурори не повинні зазнавати професійних утисків та безумовно притягуватися до дисциплінарної відповідальності у випадку винесення судом виправдувального вироку;



2.17. Сторона обвинувачення повинна враховувати, що права адвоката також впливають із Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»;

2.18. Правила професійної етики та поведінки працівників прокуратури та інших правоохоронних органів необхідно деталізувати шляхом розробки коментарів, які мають слугувати практичними посібниками, що визначають основу їх професійної діяльності відповідно до принципів законності, верховенства права, змагальності, вимог закону та кращих міжнародних практик.

РОЗДІЛ III АДВОКАТ

АДВОКАТИ ДОТРИМУЮТЬСЯ ДУМКИ, ЩО:

3.1. Адвокати повинні неухильно виконувати вимоги кримінального процесуального законодавства, Правил адвокатської етики та більш широко застосовувати у своїй практиці Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, практику Європейського суду з прав людини;

3.2. Адвокати повинні докладати більше зусиль для застосування міжнародних механізмів захисту прав людини, зокрема через звернення до Європейського суду з прав людини, Комітетів ООН, механізмів контролю прав людини в рамках ОБСЄ;

3.3. У своїй професійній діяльності адвокати зобов'язані використовувати всі свої знання та професійну майстерність для належного захисту й представництва прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, дотримуючись чинного законодавства України, сприяти утвердженню та практичній реалізації принципів верховенства права та законності;

3.4. Адвокати повинні виявляти активність при виконанні своїх професійних обов'язків у суді та використовувати всі незаборонені законом засоби захисту прав та інтересів їхніх клієнтів;

3.5. Адвокати не повинні зловживати у кримінальному провадженні своїми правами та вчиняти дії, спрямовані на зрив процесуальних дій або судових засідань;

3.6. Адвокати зобов'язані протидіяти будь-яким спробам посягання на їх незалежність, бути мужніми і принциповими у виконанні своїх професійних обов'язків, відстоюванні професійних прав, гарантій адвокатської діяльності та їх ефективному використанні в інтересах клієнтів;

3.7. Адвокати не можуть давати клієнту поради, що свідомо спрямовані на полегшення скоєння правопорушення або іншим чином сприяти його скоєнню;

3.8. Адвокати зобов'язані у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнтів перед своїми власними інтересами;

3.9. Адвокати зобов'язані у своїй професійній діяльності уникати конфлікту інтересів між особистими інтересами, професійними правами та обов'язками перед клієнтом;

3.10. Адвокати повинні зберігати конфіденційність будь-якої інформації, що визначена як предмет адвокатської таємниці;

3.11. Адвокати на постійній основі повинні підтримувати високий рівень професійної підготовки, знання чинного законодавства, практики його застосування, володіння тактикою, методами і прийомами адвокатської діяльності, ораторського мистецтва;

3.12. Адвокати повинні зважати на свої можливості щодо виконання доручення клієнта і зобов'язані відмовитись від прийняття такого доручення, якщо не мають достатньої компетенції для його виконання;

3.13. Адвокати не повинні приймати доручення, якщо результат, якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких наполягає клієнт, є протиправними або якщо доручення клієнта виходить за межі професійних прав і обов'язків адвоката;

3.14. Адвокати повинні проявляти в процесі повагу до своїх колег-адвокатів та інших учасників процесу та суду;



3.15. Адвокати повинні мати доступ до усієї інформації, необхідної для здійснення належного захисту свого клієнта. Адвокати повинні мати доступ до відомостей Єдиного реєстру досудових розслідувань;

3.16. У судах, правоохоронних органах, органах та установах пенітенціарної служби необхідно створити умови для реалізації адвокатами своїх професійних прав та обов'язків, у тому числі можливості мати конфіденційне спілкування зі своїми клієнтами;

3.17. Право захисника на конфіденційне побачення з підзахисним повинно гарантуватися у всіх випадках за будь-яких обставин, без обмеження кількості і тривалості побачень. Право на конфіденційне побачення не може обмежуватися жодною із сторін, окрім передбачених законом випадків, коли це стосується питань безпеки;

3.18. Відеофіксація побачень/спілкування адвоката з клієнтом може мати місце за умови її організації у спосіб, який унеможлиблює встановлення суті розмови. Аудіозапис таких побачень є неприпустимим за будь-яких обставин;

3.19. Під час судових засідань адвокати за жодних обставин не можуть бути примушені спілкуватися зі своїми клієнтами через металеві або скляні загородження («клітки»), окрім випадків, коли це обумовлено міркуваннями безпеки. Адвокати повинні мати в судах можливість конфіденційного спілкування із затриманою особою;

3.20. Адвокати повинні бути належним чином захищені від кримінального переслідування у зв'язку з їх законною діяльністю;

3.21. При вході в приміщення судів, правоохоронних органів, місць попереднього ув'язнення не можуть підлягати огляду документи адвоката і дос'є адвоката на клієнта;

3.22. Рішення суду про проведення огляду, вилучення речей, документів тощо щодо адвоката повинно містити чіткий і вичерпний їх перелік. Неприпустимо здійснювати проведення, зазначених дій з метою вчинення тиску на адвоката чи його клієнта, збирання доказів, спрямованих на доведення вини клієнта адвоката;

3.23. Неприпустимо вимагати від адвоката додаткових документів на підтвердження його повноважень у кримінальному провадженні, окрім ордеру та свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю;

3.24. Органи та особи, яким направлено адвокатський запит, зобов'язані у кожному випадку надавати адвокату відповідну інформацію. Необхідно забезпечити невідворотність адміністративної відповідальності (незалежно від положень дисциплінарних статутів) за відмову в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності;

3.25. На реалізацію принципу змагальності сторона захисту повинна бути наділена більш широкими процесуальними правами у випадку, якщо експертний висновок визнано неналежним та/або недопустимим доказом;

3.26. Відповідним представникам органів адвокатського самоврядування повинно гарантуватися право вживати всіх необхідних заходів для захисту прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності. Вони повинні мати повний і конфіденційний доступ до адвокатів на їхню вимогу в будь-який час. Відповідні органи влади повинні здійснювати невідкладне реагування на дії та заходи представників органів адвокатського самоврядування, які здійснюються останніми для відновлення і дотримання прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності;

3.27. Дисциплінарне провадження щодо порушення адвокатом Правил адвокатської етики повинно здійснюватися на засадах прозорості, справедливості та відкритості, відповідно до належних, визначених правових процедур;

3.28. Правила адвокатської етики необхідно деталізувати шляхом розробки практичного коментаря, який слугуватиме практичним посібником, що визначає основу професійної діяльності адвоката відповідно до принципів незалежності, верховенства права, рівності та змагальності сторін, вимог національного законодавства та кращих міжнародних практик.



РОЗДІЛ IV ЗАТРИМАНА ОСОБА

АДВОКАТИ ВВАЖАЮТЬ, ЩО:

4.1. Працівникам міліції, слідчих органів, прокуратури та суду неприпустимо ставитись до обвинуваченої особи як до злочинця, вину якого доведено, а також вживати звернення або давати коментарі у формі безумовного ствердження про вчинення злочину обвинуваченим;

4.2. Працівникам установ попереднього ув'язнення необхідно враховувати, що тримання під вартою не є відбуванням покарання або очікуванням вироку, а є забезпеченням належного досудового та судового розгляду;

4.3. Суддям, прокурорам та слідчим слід враховувати, що особа вважається затриманою з моменту, коли остання отримала вказівку залишитися поряд з працівником міліції чи іншою посадовою особою у визначеному приміщенні;

4.4. Службова особа, яка вчинила затримання особи, повинна у всіх випадках негайно повідомляти про це центри безоплатної правової допомоги;

4.5. Працівникам установ попереднього ув'язнення необхідно всіляко сприяти ув'язненим в реалізації їх конституційних прав та свобод;

4.6. Судді повинні докладати більше зусиль для здійснення контролю за дотриманням прав ув'язнених осіб, а в разі виявлення порушень виносити рішення щодо негайної перевірки обставин та усунення порушень, приділяючи при цьому особливу увагу захисту від посягань на життя та здоров'я ув'язнених;

4.7. Службова особа, яка вчинила затримання особи, слідчий, прокурор повинні ставитися з повагою до затриманої особи, не допускати висловлювань принижуючого характеру, змушувати визнати вину, застосовувати погрози та силу;

4.8. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні бути уважними і не допускати зі сторони обвинувачення тиску на затриману особу;

4.9. Працівники установ попереднього ув'язнення мають докладати всіх зусиль для недопущення застосування катування до ув'язненої особи зі сторони будь-яких осіб;

4.10. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні докласти всіх зусиль для вчасного доставлення затриманих осіб на судові засідання та скорочення часу їхнього очікування початку судового засідання в суді;

4.11. Працівники установ попереднього ув'язнення, конвою та суду повинні докладати всіх зусиль, щоб ув'язнені якнайменше часу перебували в спеціальних автомобілях для конвоювання;

4.12. Працівники установ попереднього ув'язнення зобов'язані забезпечити належні санітарно-гігієнічні умови для перебування затриманих осіб;

4.13. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко забезпечувати, щоб особи, які мають захворювання, що передаються повітряно-крапельним та побутовим шляхом, конвоювалися окремо від інших осіб, а місця їх тимчасового тримання та конвоювання були належним чином дезінфіковані;

4.14. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко сприяти, щоб особам, які знаходяться в місцях несвободи, вчасно та у всіх випадках надавалася медична допомога, був забезпечений доступ до належного обстеження та лікування;

4.15. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні забезпечити, щоб у дні вивезення затриманих осіб з установи останні не були позбавлені можливості триразового харчування та були належно забезпечені питною водою;

4.16. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні забезпечувати затриманих осіб постільною та натільною білизною, засобами гігієни, взуттям, питною водою, місцями для нічного відпочинку, місцями для підготовки до захисту в суді, в тому числі папером, ручками, конвертами;

4.17. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні неухильно виконувати приписи закону



щодо негайного звільнення осіб з-під варти в разі, якщо відсутня ухвала про застосування/продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;

4.18. Працівники установ попереднього ув'язнення зобов'язані сприяти в забезпеченні можливості ув'язненим повідомити адвокату про необхідність побачення;

4.19. Особам, які перебувають у місцях попереднього ув'язнення, повинно надаватися право (в тому числі й під час перебування в стаціонарних закладах охорони здоров'я) на телефонні розмови із захисником без обмеження їх кількості;

4.20. Службова особа, яка вчинила затримання особи, слідчих органів, прокуратури та суду, повинні забезпечити та не перешкоджати негайному допуску адвоката до клієнта у будь-який час доби в разі наявної в нього інформації, що його клієнт піддається катуванню, потребує медичної допомоги або на нього здійснюється тиск;

4.21. В разі звернення ув'язненої особи до посадової особи, судді (незалежно від юрисдикції) за захистом останні повинні докласти всіх зусиль, щоб забезпечити особисту участь ув'язненої особи в розгляді її скарги/заяви;

4.22. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко сприяти та не перешкоджати в реалізації права ув'язненої особи на побачення з рідними;

4.23. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко сприяти та не вчиняти будь-яких перешкод в реалізації права ув'язненої особи на навчання та розвиток;

4.24. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко сприяти та не вчиняти будь-яких перешкод в реалізації права ув'язненої особи на працю;

4.25. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко сприяти та не вчиняти будь-яких перешкод в реалізації права ув'язненої особи розпоряджатися майном, інтелектуальною власністю, якщо рішенням суду це не заборонено;

4.26. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні всіляко сприяти дотриманню та забезпечувати таємницю листування ув'язненого зі своїм адвокатом, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, прокурором;

4.27. Працівники установ попереднього ув'язнення повинні сприяти справлянню релігійних обрядів, відвідуванню ув'язнених служителями церкви та забезпечувати можливість сповіді та дотримання її таємниці;

4.28. Сторона обвинувачення, суд та держава повинні вжити всіх заходів для збереження майна затриманої особи;

4.29. Судді, працівники органів правоохоронних органів та установ попереднього ув'язнення за жодних умов не повинні проявляти дискримінацію щодо ув'язнених;

4.30. Суди разом з установами попереднього ув'язнення повинні створювати умови ув'язненим для ознайомлення з матеріалами провадження, прослуховування аудіозаписів судових засідань, відеозаписів, наявних в матеріалах провадження, забезпечувати можливість робити нотатки як під час ознайомлення з матеріалами провадження, так і під час судових засідань. Суди повинні надавати ув'язненим копії документів, котрі містяться в матеріалах справи, за їх вимогою;

4.31. Утримання обвинуваченого (підсудного) в залі суду у «клітці» повинно бути винятком, а не правилом. Поміщення в «клітку» повинно використовуватися у виняткових обставинах, коли існує реальна і доведена загроза безпеці учасників судового засідання. Обвинувачені (підсудні) повинні мати право на оскарження поміщення їх в «клітку» у всіх випадках;

4.32. Судді, прокурори та слідчі повинні з розумінням ставитися до того, що затримані особи не є фахівцями в галузі права і перебувають в стані стресу, та ретельно роз'яснювати їм їхні права;

4.33. Судді, прокурори та слідчі, працівники міліції повинні більш уважно ставитися до затриманих неповнолітніх осіб та забезпечувати обов'язкову участь адвоката, психолога, педагога в усіх процесуальних діях щодо них;



4.34. Судді та прокурори повинні сприяти участі психолога, педагога, представника служби у справах дітей та кримінальної міліції у справах дітей у судовому розгляді за участю неповнолітнього;

4.35. Судді, прокурори та слідчі, працівники міліції повинні більш уважно з'ясувати у затриманих осіб, чи є у них неповнолітні діти та інші члени сім'ї, які можуть про них потурбуватися, якщо ні, то вчинити всі необхідні дії щодо захисту прав дитини.

РОЗДІЛ V

ПРОЗОРІСТЬ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ, ДОСТУП ДО СУДІВ

АДВОКАТИ ВВАЖАЮТЬ, ЩО:

5.1. У кожному суді повинні працювати спеціально призначені і підготовлені працівники, відповідальні за співпрацю із ЗМІ, інформування громадськості про діяльність суду, розгляд справ. Передача цієї інформації має здійснюватися в умовах поваги прав і законних інтересів осіб, які є учасниками процесу, захисту конфіденційної та комерційної інформації;

5.2. Судам необхідно ефективно використовувати сучасні технології задля забезпечення відкритості системи кримінального правосуддя та забезпечення доступу громадськості до інформації;

5.3. Судам необхідно забезпечити умови для здійснення відеофіксації судового розгляду у кримінальних справах. У разі відкритого судового засідання не має бути потрібен дозвіл суду або учасників судового провадження на відео та/або аудіозапис судового розгляду та транслявання;

5.4. У кожному випадку здійснення судового розгляду має відбуватися відкрито для громадськості та ЗМІ. Залучення громадськості до судового розгляду повинно заохочуватись. Винятки можуть мати місце лише у визначених законом випадках та повинні бути вмотивовані в ухвалі суду і роз'яснені;

5.5. Судовий розгляд повинен бути повністю відкритим для представників громадських та міжнародних організацій (окрім визначених законом випадків). Органам судової влади та прокуратури необхідно ретельно вивчати та брати до уваги результати моніторингових звітів таких організацій;

5.6. Судовий розгляд повинен відбуватися виключно у залах судових засідань;

5.7. Зали судових засідань необхідно обладнати достатньою кількістю місць для забезпечення можливості участі громадськості;

5.8. Громадянам повинен гарантуватись доступ до приміщень суду з дотриманням усіх вимог безпеки. Співробітникам спеціального підрозділу судової міліції необхідно пройти спеціальну підготовку щодо поведінки з громадськістю та сприяння їх доступу до приміщень суду і судових засідань;

5.9. Будівлі суду повинні бути обладнані належним чином для доступу людей з обмеженими можливостями;

5.10. Приміщення суду повинні мати належні умови для перебування громадян та учасників процесу. Санітарно-гігієнічний стан приміщень суду повинен відповідати встановленим законодавством вимогам;

5.11. Приміщення суду повинні бути обладнані терміналами самообслуговування для сплати судового збору, а також електронними інформаційно-довідковими кіосками та інформаційними стендами;

5.12. Розклад судових засідань із зазначенням зали судового засідання необхідно розміщувати заздалегідь перед пунктом пропуску до приміщень суду та на сайті суду;

5.13. Учасники кримінального провадження в усіх випадках мають бути завчасно проінформовані про час і місце розгляду їхньої справи, П. І. Б. судді, який розглядатиме справу;

5.14. Інформація щодо професійного досвіду суддів суду повинна бути доступною на вебсторінці та у приміщенні відповідного суду, з дотриманням вимог захисту персональних даних;

5.15. Інформація про стан і результати розгляду дисциплінарного провадження стосовно суддів, прокурорів та адвокатів має бути доступною, публічною та регулярно оновлюватися.

Червень 2015 року.



ОБШУК ОСОБИ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ



Андрій Барішніков, адвокат, к. ю. н.

Зі збільшенням кількості тяжких злочинів, які вчиняються в Україні з використанням вибухових пристроїв та матеріалів, зброї, які знаходяться при особі, використанням підроблених документів, потребують негайного перегляду змісту та обсягів правового регулювання питання, пов'язані з інститутом обшуку особи та виїмки документів (предметів) у кримінальному процесі. Ці зміни викликані як потребами практики здійснення захисту, законності використання здобутих внаслідок такої процесуальної дії доказів, так і правоохоронної діяльності у сфері протидії злочинності.

Зважаючи на те, що більшість кримінальних правопорушень, пов'язаних з використанням зброї, вибухових пристроїв та речовин, на сьогодні є тяжкими та особливо тяжкими, можуть спричинити багато людських втрат та скалічення невинних осіб, серед яких можуть бути діти, необхідність швидкого розгляду цього питання та внесення відповідних змін до діючого КПК України є очевидною.

З прийняттям у 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу України¹ за часів режиму Януковича, без будь-якого обговорення у наукових колах, залучення досвідчених вчених науки кримінального процесу, практиків ми отримали нормативний акт, який має регулювати порядок застосування кримінальної репресії, з серйозним звуженням обсягу правового регулювання окремих інститутів кримінального процесу.

Одним з таких інститутів, який було фактично знівельовано прийняттям нового Кодексу, став **інститут обшуку особи (особистого обшуку) та виїмки документів/предметів** у кримінальному процесі.

Системний аналіз норм КПК, а саме ч. 8 ст. 191, ст. 208, ч. 7 ст. 223, ч. 5 ст. 236, ч. 7 ст. 236, показує, що за обсягами правового регулювання та способом викладення нормативного матеріалу в тексті закону **порядок проведення обшуку особи з виїмкою в неї**

під час обшуку предметів, матеріалів та документів до порушення кримінальної справи (внесення відомостей про вчинений злочин до ЄРДР), **подальше їх використання як доказів у кримінальному процесі поставлені фактично поза законом.**

За загальними правилами, викладеними у новому КПК, обшук має проводитися лише на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 234 КПК); обшук особи має проводитися з обов'язковою участю не менш як двох понять незалежно від використання технічних засобів фіксації відповідної слідчої дії (ч. 7 ст. 223 КПК); затримання особи та пов'язаний із цим обшук особи та огляд речей на підставі ухвали слідчого судді щодо співробітника кадрового складу розвідувального органу України здійснюється у присутності офіційних представників цього розвідувального органу (ч. 8 ст. 191 КПК); затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, без ухвали слідчого судді та проведення її обшуку здійснюються з оформленням протоколу, копія якого негайно під розписку вручається затриманому, а також направляється прокурору (ч. 5 ст. 208 КПК); за рішенням слідчого або прокурора може бути проведений обшук осіб, які знаходяться у приміщенні або іншому володінні (під час проведення обшуку на підставі ухвали слідчого судді), якщо є достатні підстави вважати, що вони приховують

¹ Далі за текстом — КПК.



при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 236 КПК).

Отже, як вбачається з викладеного вище, питанням обшуку взагалі та обшуку особи у діючому КПК присвячено лише шість норм, що потребує негайного перегляду та вдосконалення шляхом прийняття додаткових норм (внесення змін) до діючого КПК. Такий стан речей вказує на необхідність швидкого внесення до діючого КПК відповідних змін через те, що на сьогодні у зв'язку з проведенням АТО підвищилася кількість незаконного використання громадянами та іншими особами (зберігання, перевезення, використання) заборонених у цивільному обігу предметів — вибухових пристроїв, речовин, зброї та знарядь вибухового призначення (запальники, чеки тощо), які порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права.

Історія розвитку інституту обшуку особи та виїмки у неї документів (предметів) за КПК (в ред. 1961 р.) показує, що **регулюванню питань, пов'язаних з обшуком та виїмкою у КПК (в ред. 1961 р.)**, було присвячено 15 норм глави 16 (зі ст. 177 по ст. 189 КПК). Спеціальною нормою, яка регулювала питання, пов'язані з обшуком особи та виїмкою у неї предметів та документів, була норма ст. 184 КПК.

Так, за ч. 1 ст. 177 КПК така процесуальна дія могла вчинятися, коли **існували достатні підстави вважати**, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якій-небудь особі. Обшук особи та вилучення в неї предметів і документів, які в подальшому могли мати доказове значення у кримінальній справі та знаходилися при певній особі, проводилося слідчим, зі складенням протоколу обшуку; виїмка документів (предметів) в особи проводилася за мотивованою постановою слідчого.

Надання копії протоколу обшуку особі, щодо якої його було проведено, за нормами КПК (в ред. 1961 р.) забезпечувало можливість прокурорського та судового контролю за законністю цієї процесуальної дії та слугувало гарантією конституційного права на судовий захист особи.

Водночас зміст цього інституту передбачав **можливість проведення обшуку особи та виїмки у неї предметів і документів без постанови у передбачених випадках**, зокрема: під час фізичного захоплення

підозрюваного уповноваженими на те особами, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину; при затриманні підозрюваного; при взятті підозрюваного, обвинуваченого під варту; за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка знаходиться в приміщенні, де проводиться обшук чи примусова виїмка, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для встановлення істини в справі (ч. 3 ст. 184 КПК в ред. 1961 р.).

У кримінальному процесі **фізичне захоплення підозрюваного уповноваженими на те особами** (якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину) у вигляді оперативного захоплення у справах оперативного порядку та затримання у разі екстремального порядку (несподіване зіткнення), **під час безпосереднього переслідування** здійснюється **до порушення кримінальної справи** (внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР), тому обшук особи та вилучення у неї предметів та документів до порушення кримінального провадження на сьогодні викликають найбільшу кількість проблем у правозастосовній практиці.

Відповідно до ч. 6 ст. 15 Закону України від 20.03.03 р. № 638 «Про боротьбу з тероризмом» у **районі проведення АТО посадовим особам, залученим до операції, надається право** здійснювати в районі проведення АТО **особистий догляд громадян, огляд речей, що при них знаходяться, транспортних засобів та речей, які ними перевозяться**; затримувати і доставляти в органи внутрішніх справ осіб, які вчинили або вчиняють правопорушення; входити (проникати) в жилі та інші приміщення, на земельні ділянки, що належать громадянам, під час припинення терористичного акту та при переслідуванні осіб, які підозрюються у вчиненні такого акту.

Існуюча судова практика ВСУ та ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ також свідчить про наявність великої кількості практичних проблем, пов'язаних із застосуванням інституту обшуку особи з вилученням у неї предметів (документів).

Зокрема, постановою Пленуму ВССУ № 9 від 17.10.14 р. «Про узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозво-



лу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи», Узагальненням судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, листом ВСУ від 08.11.14 р. «Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи» однозначно не вирішено питання, пов'язані з порядком застосування, використанням як докази знарядь, предметів та матеріалів, вилучених в особи під час її особистого обшуку уповноваженими службовими особами правоохоронних органів до порушення кримінального провадження (до реєстрації повідомлення про вчинення злочину в ЄРДР).

Так, в Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (лист ВСУ від 08.11.14 р.) ВСУ вказав, що *«слідчими суддями та прокурорами всупереч положенням КПК подаються, а слідчими суддями розглядаються та вирішуються по суті клопотання про обшук особи... розгляд слідчим суддею клопотань про обшук особи, не передбачений КПК України»*.

Практика застосування **особистого огляду в митному законодавстві** показує, що за ст. 336, 340 Митного кодексу України² **однією з форм митного контролю є, серед іншого, особистий огляд громадян** (п. 2 ч. 1 ст. 336 МК).

Згідно зі ст. 340 МК **особистий огляд як виняткова форма митного контролю** проводиться за письмовим рішенням керівника органу доходів і зборів або особи, яка виконує його обов'язки, якщо є достатні підстави вважати, що громадянин, який прямує через митний кордон України чи перебуває в зоні митного контролю або у транзитній зоні міжнародного аеропорту, приховує предмети контрабанди чи товари, які є безпосередніми предметами порушення митних правил або заборонені для ввезення в Україну, вивезення з України чи транзиту через територію України.

Механізмами ч. 2 та 3 ст. 340 МК передбачено, що **перед початком огляду посадова особа органу доходів і зборів повинна пред'явити громадянину письмове рішення керівника органу доходів і зборів** чи особи, яка виконує його обов'язки, ознайомити громадянина з його правами та обов'язками під час проведення такого огляду і запропонувати добровільно видати прихова-

ні та/або не задекларовані товари. Факт ознайомлення громадянина з рішенням про проведення особистого огляду засвідчується посадовою особою органу доходів і зборів відповідним написом на рішенні про проведення такого огляду.

У разі відмови громадянина від добровільної видачі прихованих та/або не задекларованих товарів на рішення про проведення особистого огляду робиться відповідний запис, завірений підписом посадової особи органу доходів і зборів, яка пред'являла зазначене рішення громадянинові. Особистий огляд проводиться в ізольованому приміщенні, що відповідає встановленим санітарно-гігієнічним вимогам, посадовою особою органу доходів і зборів однієї статі з громадянином, стосовно якого проводиться особистий огляд, у присутності не менш як двох понятих тієї самої статі. Як поняті запрошуються особи, не заінтересовані у результатах огляду. Понятими не можуть бути родичі особи, яка підлягає особистому огляду, та працівники органів доходів і зборів.

Доступ до приміщення, де проводиться огляд, громадян, які не беруть участі в ньому, і можливість спостерігати за проведенням огляду з боку таких громадян мають бути виключені. Обстеження органів тіла громадянина, який підлягає особистому огляду, проводиться виключно медичним працівником.

Під час проведення особистого огляду складається протокол за формою, що встановлюється центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику. Протокол підписується посадовою особою органу доходів і зборів, яка проводила огляд, громадянином, який пройшов особистий огляд, понятими, які були присутні під час огляду, а в разі обстеження медичним працівником — і цим працівником. Громадянин, який пройшов особистий огляд, має право зробити заяву з обов'язковим занесенням її до протоколу. Копія протоколу надається громадянину.

Системний аналіз норм ст. 340, 336 МК показує, що найбільш детально інститут особистого обшуку (огляду) врегульований саме у митному законодавстві України, цей досвід та практика (серед іншого) також можуть бути прийняті за основу під час підготовки відповідного законопроекту щодо внесення відповідних змін до діючого КПК в частині проведення осо-

² Далі за текстом — МК.



бистого обшуку особи та вилучення в неї документів та предметів.

Інститут особистого огляду особи, огляду речей, виїмки речей і документів та його використання в діючому **Кодексі України про адміністративні правопорушення**³ нерозривно пов'язаний з використанням спеціальних знань (експертними дослідженнями) предметів та речей, вилучених у особи в ході особистого огляду.

Регулювання особистого огляду особи, огляду речей, виїмки речей і документів у КпАП здійснюється **нормами декількох статей, а саме, зі ст. 264 по ст. 265**³, які регулюють склад осіб, що мають його проводити, фіксацію проведення та результатів (особистий огляд може провадитись уповноваженою на те особою однієї статі з оглядуваним і в присутності двох понять тієї ж статі, про особистий огляд, огляд речей складається протокол або про це робиться відповідний запис у протоколі про адміністративне правопорушення або в протоколі про адміністративне затримання (ч. 2, 5 ст. 264 КпАП)).

Нормою ч. 1 ст. 273 КпАП (в ред. від 14.10.11 р.) було передбачено, що експерт призначається органом (посадовою особою), в провадженні якого перебуває справа про адміністративне правопорушення, у разі, коли виникає потреба в спеціальних знаннях.

Наявність такого обсягу правового регулювання («коли виникає потреба у спеціальних знаннях») дозволяла здійснювати використання експертних висновків для забезпечення провадження щодо, зокрема, незаконного обігу наркотичних засобів без мети збуту (ст. 44 КпАП), стрільби з вогнепальної зброї в населених пунктах (ст. 174 КпАП), порушення правил рибальства з використанням вибухових речовин (ст. 85 КпАП), порушення правил зберігання вибухових матеріалів (ст. 94 КпАП), під час дослідження речей та засобів, вилучених у особи в ході особистого огляду (ст. 264 КпАП).

Водночас цією ж нормою — **ч. 1 ст. 273 КпАП** (у ред.

Закону № 4025 від 15.11.11 р.) **було суттєво обмежено використання експертних висновків під час провадження про адміністративні порушення**, зокрема, **встановлено обсяги регулювання норми**: «...у разі коли виникає потреба в спеціальних знаннях, у тому числі для визначення розміру майнової шкоди, заподіяної адміністративним правопорушенням, а також суми грошей, одержаних внаслідок вчинення адміністративного правопорушення, які підлягатимуть конфіскації».

Такий стан речей взагалі виключив можливість застосування спеціальних знань для визначення предмета, який має ознаки адміністративного або кримінально-правового значення (вибуховий пристрій, наркотичний засіб, документи), в адміністративному провадженні. Звертаючись до можливості вилучення таких предметів у особи, яка використовує (має можливість їх застосувати у власних цілях) у кримінальному провадженні, через проведення особистого обшуку особи ми бачимо, що такі можливості у органів досудового слідства відсутні.

У діючому КПК та КпАП такі положення відсутні, що суттєво обмежує можливості застосування оперативно-розшукових заходів у адміністративному та кримінальному провадженнях, затримання та документування осіб, які можуть мати при собі заборонені предмети та знаряддя, котрі можуть бути використані в подальшому для вчинення злочину і виступати знаряддями вчинення злочину та бути основними доказами у адміністративному та кримінальному провадженнях.

Нормою ст. 267 КпАП закріплено **порядок оскарження заходів забезпечення** провадження у справах про адміністративні правопорушення (зокрема — особистий огляд, огляд речей і вилучення речей та документів, у тому числі посвідчення водія, ліцензійної картки на транспортний засіб) таким особам:

— у вищестоящий орган (вищестоящий посадовій особі) відносно органу (посадової особи), який застосував ці заходи

— прокуророві або **шляхом звернення до суду**

Отже, як показує досвід КпАП, його хоча й було прийнято за часів СРСР (з 1985 р.), вже у 1991 році норма ст. 267 КпАП передбачала оскарження заходів забезпечення (порядок проведення та результати

особистого огляду, огляду речей, вилучення речей) вищестоящий особі або прокуророві; починаючи з квітня 2001 року (внесення змін до цієї норми) було запроваджено механізм судового контролю за адмі-

³ Далі за текстом — КпАП.



ністративним затриманням, оглядом та вилученням речей та документів.

На жаль, за діючим КПК для перевірки законності такої слідчої дії, як обшук особи та виїмка в ході досудового розслідування, **дію інституту судового контролю було фактично знищено** (хоча за наслідками кримінальна санкція є значно вищою, аніж стягнення, застосоване у провадженні по справі про адміністративне правопорушення).

Практичні проблеми, пов'язані з проведенням особистого обшуку особи, неодноразово **обговорювалися у колах досвідчених вітчизняних науковців**. Зокрема, з цього приводу начальник кафедри кримінального процесу НАВС України, д. ю. н., професор Л. Удалова в ході науково-практичної конференції, яка проходила 26.04.13 р. в м. Києві в Національній академії прокуратури України, висловила цінні наукові та практичні думки:

«Актуальною, на нашу думку, є необхідність нормативного врегулювання підстав і порядку проведення особистого обшуку. Одним із видів обшуку є особистий обшук, нормативне врегулювання якого у чинному КПК України, на жаль, є неповним і має несистемний характер. Внаслідок цього зробити висновки щодо підстав і порядку проведення особистого обшуку особи, якщо вона не затримувалась (ч. 3 ст. 208 КПК) або не перебуває у житлі або іншому володінні особи, у якій проводиться обшук (ч. 5 ст. 236 КПК), неможливо. Особистий обшук, на відміну від інших видів обшуку, має власну специфіку підстав і порядку проведення, що потрібно закріпити в окремій статті КПК»⁴.

Проведений науковий та практичний аналіз показує, що інститут обшуку особи в міжнародному правовому регулюванні (стандарти забезпечення прав і свобод людини) знаходиться на перетині таких категорій, як «національна безпека» та «права і свободи людини».

З метою більш повного розуміння сутності проблеми та існуючої практики її вирішення **мною було проаналізовано положення діючого кримінально-процесуального законодавства розвинутих країн Європи, зокрема Республіки Польща та Німеччини, щодо процедур обшуку особи та виїмки речей і документів**.

ОБШУК ОСОБИ, ВИЇМКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Процедури обшуку особи (przeszukania), виїмки речей і документів (wykop rzeczy i dokumentów) у Республіці Польща регулюються Кримінально-процесуальним кодексом (Kodeks postępowania karnego, затв. Законом від 06.06.97 р., діюча ред. станом на січень 2014 р.), зокрема, нормами розділу 25: «Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie» **у складі 26 статей** (з Art. 217 по Art. 236a).

З метою розкриття карного розслідування, затримання та знаходження речей, які можуть бути доказами по справі, дозволяється провести **обшук особи та інших місць**, якщо існують обґрунтовані припущення, що підозрювана особа або вказані речі там знаходяться; при цьому дозволяється проведення **обшуку особи, її одягу та підручних предметів** (§ 1, 2 Art. 219). **Обшук особи може здійснити прокурор** або поліція — **за дорученням суду** або **прокурора**. Постанову суду або прокурора про проведення обшуку слід пред'явити особі, у якій буде проведено обшук (§ 1, 2 Art. 220).

Обшук особи та одягу на ній слід проводити (за можливості) за участю особи однієї з нею статі (Art. 223). Особу, в якій проводиться обшук, слід перед початком проведення сповістити про його мету та вказати про добровільну видачу предметів, які відшуковуються (§ 1 Art. 224).

Обшук або затримання речі має бути проведений згідно з метою цієї діяльності, збереженням помірності та поваги до гідності цієї особи і без заподіяння непотрібної шкоди та тілесних ушкоджень (Art. 227). Згідно з положеннями Art. 217 розд. 25, речі, які можуть мати статус доказів по справі, слід видати особі на вимогу суду або прокурора, а у випадках, які не допускають затримки, — також на вимогу поліції або іншого призначеного органу (§ 1). **Якщо видання речі вимагає поліція, особа яка її видає, має право невідкладно вимагати доставки її до суду або прокурора, для затвердження затримання, про що вона має бути повідомлена. Доставка до суду має проводитися протягом 14 днів з дня затримання речі** (§ 4).

У разі відмови від добровільного видання речі можна провести її відібрання (виїмку) (§ 4 Art. 217) з дотриманням вимог, зокрема: у невідкладних випадках, які

⁴ Див.: Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України: збірн. матер. міжвуз. науково-практ. конф. / Національна академія прокуратури України. — К.: Алерта, 2013. — С. 11.



не допускають зволікання, якщо не була видана постановою суду або прокурора, **орган, який проводить обшук, пред'являє наказ керівника свого підрозділу або службове посвідчення, а потім звертається невідкладно до суду або прокурора про затвердження результату обшуку** та виїмки має вручатися особі, у якій проведено обшук, протягом 7 днів від дати вчинення, на вимогу цієї особи, внесена до протоколу обшуку (§ 3 Art. 220).

Виїмка документів, поштової кореспонденції за загальним правилом, викладеним у Art. 218 — 218b Kodeks postępowania karnego, проводиться за постановою прокурора або суду.

За змістом Art. 225 (§ 1) у разі, якщо керівник державної або самоврядної установи, особа, у якій проведено обшук та затримання речі, оголосить, що виданий або знайдений під час обшуку документ містить відомості, які охоплюються професійною або іншою охоронюваною законом таємницею, має особистий характер, орган, який проводив обшук, невідкладно передає цей документ без його перечитування прокурору або суду в опечатаній упаковці. Згідно з Art. 225 (§ 4) видану, відібрану або знайдену в ході обшуку психіатричну документацію орган, який проводив обшук, передає зі збереженням режимів, визначених Art. 225 (§ 1), суду або прокуророві.

Протокол затримання речі або обшуку повинен містити вказівку на справу, за якою затримано речі або зроблено обшук, час початку та закінчення, докладний опис затриманих речей, вказівку на доручення суду або прокурора. Якщо доручення прокурора не було попередньо отримане, до протоколу поміщається згадка про інформування особи, у якій його проведено, про можливість отримання нею постанови про подальше затвердження результату обшуку (Art. 229).

За змістом Art. 230 (§ 1 — 3) **якщо затримання речі або обшук проводилися без попереднього доручення суду або прокурора, а впродовж 7 днів від дня проведення не відбулося його затвердження, річ слід невідкладно повернути особі**. Речі, володіння якими заборонене (вилучені з цивільного обігу), передаються відповідній установі. За змістом Art. 231 (§ 2) предмети, які мають артистичну або культурну цінність, віддають на збереження до відповідної установи.

Положеннями Art. 232a (§ 1 — 3) предмети і речовини, які створюють небезпеку для життя або здоров'я (зброя, амуніція, вибухові, легкозаймисті, радіоактивні матеріали, отруйні речовини, одурманюючі ресурси, психотропні речовини або їх препарати, тютюнові вироби та алкогольні напої), зберігаються в місці та у спосіб, які забезпечують їх належне зберігання. У разі, коли з вилучених речей можливо відібрати зразки до проведення обшуків, компетентний суд, за пропозицією прокурора, невідкладно розглядає питання про знищення повністю або частково цих предметів чи речовин, при цьому вказує місце та час його проведення.

За змістом Art. 235 **суд проводить діяльність щодо надання дозволу** на проведення обшуку та **затвердження результатів виїмки у судовому засіданні**, а прокурор — під час підготовчого (прим. — досудового) розслідування.

ОБШУК ОСОБИ, ВИІМКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА

Процедури обшуку особи (body search, Durchsuchung des Strafgefangenen, Leibesvisitation), виїмки речей і документів (Herausnahme der Dinge, Beschlagnahme von Gegenständen und Dokumenten) у Німеччині регулюються Кримінально-процесуальним кодексом (Die Strafprozessordnung (StPO) від 1950 р. (у ред. станом на 21.06.2012 р.). Процесуальні питання проведення обшуку особи та виїмки регулюються положеннями розділу VIII, **у складі 45 статей** (з § 94 по § 111р).

У кримінальному процесі Німеччини у контексті затримання особи передбачається «право кожного» на затримання (§ 127 I, StPO) як виконання публічних завдань держави, так і право на затримання прокуратурою та поліцією (§ 127 II, StPO) у зв'язку з небезпечкою зволікання, наявністю передумов для утримання під вартою⁵. При цьому право на затримання набуває значення як підстава, яка виключає відповідальність за вчинення злочинів, пов'язаних із затриманням (зокрема, незаконне позбавлення волі, примус, завдання тілесних ушкоджень та попереджувальний постріл).

Оскільки в ході кримінального процесу неможливо уникнути застосування заходів кримінально-процесуального примусу, які обмежують **особисті права обвинуваченого** та інших учасників процесу (затри-

⁵ Див.: Габріэле Розэ. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право: Учеб. пос. — К., 2001. — С. 181.



мання та особистий обшук обмежують право особистої свободи), тому до правомірності таких заходів застосовуються особливі вимоги⁶.

Для встановлення фактів, які мають процесуальне значення, § 81a Strafprozeßordnung (StPO) передбачає **проведення особистого огляду**. Для фізичного втручання у вигляді: взяття аналізу крові, волосся, слини та сперми та складення генетичної формули не передбачається згода обвинуваченого, якщо не існує шкода для його здоров'я; однак такі дії можуть вчинятися лише медичними працівниками. Оскільки ці заходи проводяться з метою забезпечення кримінального процесу, слугують репресивній меті, тому **проти цих заходів можливе подання обвинуваченням скарги слідчому судді**⁷.

Особистий обшук закон передбачає **виключно щодо підозрюваного**, при цьому закон не передбачає такої можливості щодо особи, яка не перебуває під підозрою (§ 102, StPO). Для проведення обшуку (як квартирного, так і особистого) потребується рішення судді або **у випадках, які не допускають зволікання, — рішення прокуратури або її допоміжних службовців** (§ 105, StPO)⁸. При цьому кримінально-процесуальне законодавство передбачає **можливість здійснення судової перевірки рішень прокуратури** (§ 98 II, § 111 e II, § 128, § 161 a III, § 163 a II, StPO).

Федеральний Верховний суд у своєму рішенні заперечував можливість оскарження вже виконаного судового розпорядження щодо обшуку та виїмки, однак Федеральний Конституційний суд змінив цю судову практику відносно обшуку та роз'яснив, що в цьому випадку допускається оскарження, оскільки право на оскарження залишилося б декларативним, якби стало неможливим оскарження вже проведеного обшуку, оскільки до часу ухвалення рішення по скаргі обшук уже проведений.

Виїмка означає, з однієї сторони — формальне забезпечення схоронності вилучених предметів шляхом їх передачі на адміністративне зберігання (або іншим способом), а з іншої — винесення рішення про забезпечення схоронності (§ 94, 111 b, StPO) шляхом процесуального забезпечення іншим способом (у випадку відмови від добровільної видачі предметів); ці ж правила стосуються й посвідчення водія, які підлягають вилученню (§ 94 III, StPO).

Нормою § 94 I (StPO) встановлюється, що «предмети, які як речові докази можуть мати значення для попереднього розслідування, повинні бути прийняті або на адміністративне зберігання або процесуально забезпечені іншим способом». До таких предметів відносяться не тільки рухоме майно, але й комп'ютерні файли, електронні повідомлення, земельні ділянки, частини трупа, проби крові, а також предмети, з якими нерозривно пов'язані докази (одяг зі слідами крові, тварина, яка проковтнула речовий доказ та ін.). Предмети, прийняті на адміністративне зберігання, переходять у володіння, як правило, прокуратури та перебувають у кімнаті для зберігання речових доказів (Головненков П. В. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ — Strafprozeßordnung (StPO). Научно-практический комментарий и перевод текста закона. — Потсдам, 2010. — С. 139).

У разі, коли особа відмовляється від добровільної видачі документів або предметів на вимогу уповноваженої особи (§ 95 II, StPO), до неї судом у межах досудового розслідування може бути застосовано арешт на строк, який не виходить за рамки судового провадження у відповідній інстанції, але не більше як на 6 місяців (§ 70 II, III, StPO).

Процедури виїмки передбачають: а) добровільну передачу речі органам кримінального переслідування; б) примусове вилучення речей та документів. У випадку добровільної передачі речі особою діє правило § 94 I, StPO, за яким для цього достатньо лише складення спеціального акта, який може бути вчинений будь-якою службовою особою органу кримінального переслідування. Якщо **особа не передає річ добровільно**, то відповідно до § 94 II, StPO потребується формальний акт виїмки (постанова), з дотриманням викладених вище правил.

Постанова про виїмку може бути винесена лише судом, а **у випадках, які не допускають зволікання**, — також прокуратурою та особами, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 105 (I), § 98 I, StPO, § 152 Закону про судову систему). Особа, яка **проводила виїмку предмета без постанови суду**, повинна протягом 3 днів направити до суду клопотання про підтвердження проведення виїмки, якщо під час її проведення не була присутня особа, до якої застосо-

⁶ Там же, с. 163.

⁷ Там же, с. 191.

⁸ Там же, с. 197.



вувався цей захід, чи її дорослий родич або якщо особа, до якої було застосовано цей захід, чи за її відсутності її родич, безпосередньо заявили заперечення проти виїмки (§ 98 II, StPO). Якщо виїмка проводиться прокуратурою або однією із осіб, які проводять розслідування за дорученням прокуратури, після пред'явлення публічного обвинувачення суд повинен бути повідомлений протягом 3 днів про виїмку; вилучені предмети мають бути доставлені до суду (§ 98 III, StPO).

Якщо постанова суду про проведення виїмки не виконується прокуратурою протягом 6 місяців, вона втрачає свою юридичну силу (Головненков П. В. Уголовно-процесуальний кодекс ФРГ. — С. 144).

Відповідно до § 102 (StPO) у того, хто підозрюється у тому, що він є виконавцем, учасником злочинного діяння, у приховуванні, перешкодженні покаранню, скупці краденого, може бути проведений обшук житла або інших приміщень, а також **особистий обшук та обшук належних йому речей як з метою затримання** (прим. — правомірного захоплення), так і за наявності припущення, що обшук призведе до знаходження доказів. Для проведення обшуку у підозрюваного достатньо первинної підозри (рішення BVerfG № JW 2003, 2669).

При цьому **особистий обшук означає обстеження** одягу ззовні та зсередини, тіла під одягом ззовні, включаючи природні отвори; при цьому слід дотримуватися вимог про уникнення образи почуття соромливості. Обмеження проведення виїмки окремих предметів та документів передбачаються у § 96 StPO, який вказує на заборону виїмки актів та документів, які містять гриф «секретно»; така заборона впливає з права на відмову від надання показань свідка⁹.

Особі, яка була задіяна обшуком, по закінченні його проведення повинно бути направлено письмове повідомлення, у якому повинні вказуватися мета обшуку, а також у передбачених випадках — злочинне діяння. На її вимогу їй також повинен бути виданий перелік предметів, прийнятих на зберігання або тих, що підлягають вилученню, якщо ж не знайдено нічого підозрілого, повинно видаватися відповідне свідоцтво (§ 107, StPO).

На перегляд паперів особи, інтересів якої торкнувся обшук, уповноважена лише прокуратура, а за її постановою — особи, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 110 I, StPO, § 152 Закону про судову систему).

Постанову про проведення виїмки (§ 111c) та арешт (§ 111d) уповноважений виносити лише суд, а у випадках, які не допускають зволікання, — **прокуратура**. Постанову про проведення виїмки рухомого майна у випадках, які не допускають зволікання, уповноважені виносити також особи, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 105 (I), § 98 I, StPO, § 152 Закону про судову систему). Якщо постанова про проведення виїмки або арешт винесла прокуратура, вона повинна протягом одного тижня заявити клопотання до суду про затвердження постанови. Це правило не діє, якщо постанова стосується виїмки рухомого майна. Особа, інтересів якої торкнулася виїмка, може у будь-який момент та у будь-якому випадку заявити клопотання про прийняття судового рішення (§ 111e, StPO).

Повноваження щодо проведення виїмки відносяться до обов'язків прокуратури, стосовно рухомого майна — також і осіб, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 111f I, StPO). Проти заходів, застосованих для проведення виїмки або арешту, особа, інтересів якої торкнулися ці заходи, може в будь-який момент часу заявити клопотання про прийняття судового рішення (§ 111f V, StPO).

ОБШУК ОСОБИ, ВИЇМКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ФРАНЦІЇ

Процедури обшуку особи (perquisition), виїмки речей і документів (une cannelure un affaires et documentent) у Франції регулюються Кримінально-процесуальним кодексом (Code de Procédure Pénale, CPP (діє в ред. станом на 11.04.2015 р.)). Процесуальні питання проведення обшуку особи та виїмки регулюються положеннями Titre II CPP: «Des enquêtes et des contrôles d'identité» (Title II. Inquiries and identity checks. Chapter I. Flagrant felonies and misdemeanours) у складі 8 статей.

У силу специфіки кримінального процесу Франції, відсутності особливого наукового та практичного значення змісту норм Art. 56-59 Code de Procédure Pénale, нами для дійсного дослідження та практичного використання не було узято будь-яких положень, хоча окремі його положення є, безумовно, цінними у зв'язку з процесами створення в Україні муніципальної міліції (міліції, що утримується за рахунок коштів місцевого самоврядування, ст. 38 Закону України «Про місцеве самоврядування»).

⁹ Там же, с. 201.



ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ НА ПІДСТАВІ ВИРОКУ, ЯКИЙ НЕ НАБУВ ЗАКОННОЇ СИЛИ



Денис Пономаренко, адвокат

На практиці досить часто зустрічаються випадки, коли суди першої інстанції, виносячи обвинувальний вирок, змінюючи при цьому запобіжний захід обвинувачуваним, встановлюючи строк дії такого запобіжного заходу, посилаються на подію — до набрання таким вирокком законної сили. Для прикладу хочу навести цитату з реального вироку: «Обрати відносно засудженого запобіжний захід у вигляді тримання під вартою до набрання вирокком законної сили, взявши його під варту із зали суду.»

Часткове це питання освітлено в п. 9 листа, підготовленого на підставі постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ¹ від 19.12.14 р. № 14, відповідно до якої Суд зазначив: «З метою забезпечення прав засудженого суд апеляційної інстанції в разі неможливості завершення провадження в апеляційному порядку до спливу двомісячного строку з дня ухвалення вироку судом першої інстанції необхідно незалежно від наявності відповідних клопотань сторін кримінального провадження розглянути питання доцільності та обґрунтованості тримання під вартою. У такому випадку суд застосовує правила ст. 331 Кримінального процесуального кодексу України² до завершення розгляду провадження в суді апеляційної інстанції.»

Разом з тим ВССУ у вказаному листі не висвітлив та не роз'яснив інше проблемне питання: можливість виконання вироку в частині обрання, зміни запобіжного заходу, до набрання вирокком законної сили.

Так, п.п. 4 п. 1 ч. 4 ст. 374 КПК встановлює, що у резолютивній частині вироку суд може прийняти рішення щодо заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі рішення про запобіжний захід до набрання вирокком законної сили.

Однак необхідно чітко розмежовувати такі поняття, як «винесення рішення» і «виконання рішення», оскільки, передбачаючи можливість винесення такого рішення

(п.п. 1 п. 1 ч. 4 ст. 374 КПК), законодавець не передбачив можливість виконання такого рішення до вступу вироку в силу та передбачив можливість виконання вироку суду вже після вступу такого рішення суду в законну силу.

Питання порядку вступу вироку в силу регулюється положеннями ст. 532 КПК.

Відповідно до положень ст. 532 КПК вирок або ухвала суду першої інстанції, ухвала слідчого судді, якщо інше не передбачено цим Кодексом, набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги, встановленого цим Кодексом, якщо таку скаргу не було подано.

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

Крім цього, законодавець чітко визначив, що може бути підставою для тримання особи під вартою та в якому порядку це вирішується (ч. 2 ст. 331 КПК), тобто правовою підставою для обрання такого запобіжного заходу, як взяття під варту, може слугувати лише ухвала суду або вирок, однак який вже набрав законної сили, і зазначені дії щодо взяття під варту будуть лише слугувати не заходом забезпечення кримінального провадження, а відбуванням покарання, визначеним судом у відповідному вирокку.

В жодній нормі КПК 2012 року відсутнє будь-яке посилання на те, що вирок суду першої інстанції може

¹ Далі за текстом — ВССУ.

² Далі за текстом — КПК.



вступати в силу не за правилами, визначеними в ст. 532 КПК, а будь-яким іншим чином, а разом з тим в КПК не зазначено, що якась частина вироку може вступати в силу раніше, а якась — в порядку ст. 532 КПК.

Окремо потрібно наголосити і на Правилах внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18.03.13 р. № 460/5, у якому в Розд. II «Підстави та порядок приймання у СІЗО ув'язнених і засуджених» у п.п. 1.1 чітко визначено, що є підставою для приймання та тримання у СІЗО ув'язнених і засуджених, а саме:

«1. Підставами для приймання та тримання у СІЗО ув'язнених і засуджених є:

— ухвала слідчого судді (суду) про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або про застосування тимчасового або екстрадиційного арешту та/або рішення компетентного органу іноземної держави у випадках, передбачених законом;

— вирок суду, що набрав законної сили, про засудження до покарання у виді позбавлення волі стосовно засудженого, який не перебував під вартою;

— ухвала суду про тимчасове залишення засудженого у СІЗО або переведення засудженого з арештного дому, виправного центру, дисциплінарного батальйону або колонії до СІЗО у випадках, передбачених статтями 90 Кримінально-виконавчого кодексу України та 537 КПК;

— ухвала суду про скасування звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням та направлення його для призначеного відбування покарання у виді обмеження або позбавлення волі.

З урахуванням особи суд може направити засудженого до обмеження волі до місця відбування покарання у порядку, встановленому для осіб, засуджених до позбавлення волі. У цьому випадку засуджений звільняється з-під варти при прибутті до місця відбування покарання.

1.2. Особи, які прямують транзитом, приймаються в СІЗО і направляються до місця призначення на підставі довідок-витягів з особових справ і попутних списків у порядку, визначеному законодавством. При розбіжності даних на довідці-витязі з особової справи з опитуванням особи, яка прямує транзитом, черговий помічник розкриває особову справу, про що складається акт.

1.3. Жінки, які мають дітей віком до трьох років, можуть бути прийняті в СІЗО з дітьми. Підставою для приймання жінки з дитиною є свідоцтво про народження дитини або інші документи, які підтверджують похо-

дження дитини від указаної особи чи право на опікунство, а за відсутності таких документів — письмове розпорядження слідчого судді (суду), який здійснює кримінальне провадження.»

Таким чином, підставою щодо прийняття у СІЗО може слугувати лише **вирок суду, що набрав законної сили (!)**.

Разом з тим, виносячи вирок і змінюючи запобіжний захід, на погляд автора, має місце порушення права на захист, оскільки особа, відносно якої обирається запобіжний захід, не має можливості висловити з цього приводу жодної думки, адже не знає, яке рішення і який запобіжний захід може винести суд. Це також не відповідає ч. 6 ст. 22 КПК (принципу змагальності), ч. 3 ст. 26 КПК (принципу диспозитивності), гл. 18 КПК.

Окрім того, ВССУ у своєму листі чітко посилався, що питання застосування запобіжного заходу повинно розглядатись в порядку ст. 331 КПК, яка, в свою чергу, нас відсилає до гл. 18 КПК.

За таких обставин автор вважає, що в недалекому майбутньому Україна буде мати з цього приводу негативні для себе рішення ЄСПЛ, оскільки на сьогоднішній день досить велика кількість осіб, які незаконно утримуються у СІЗО на підставі вироків, які не набрали законної сили.

Цікавим є і той факт, що саме Міністерство юстиції України здійснює контроль за діяльністю СІЗО відповідно до Порядку взаємодії Міністерства юстиції України з центральними органами виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра юстиції України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 06.06.11 р. № 1495/5, зареєстрованого у Міністерстві юстиції України 06.06.11 р. за № 682/19420, яке, в свою чергу, зобов'язано виконувати рішення ЄСПЛ.

Аналогічні питання вже вирішувались ЄСПЛ: Рішення від 10.02.11 р. у справі «Харченко проти України», Рішення від 17.01.14 р. у справі «Таран проти України», Рішення від 02.10.14 р. у справі «Воляник проти України» та інші аналогічні рішення Суду.

У вказаних рішеннях ЄСПЛ констатував у тому числі порушення ст. 5 Конвенції.

На думку автора, вказана прогалина повинна та може бути усунена змінами, внесеними до КПК. А відповідним листом ВССУ можуть бути надані роз'яснення суддям перших і апеляційних інстанцій про порядок обрання та виконання обраного відносно особи запобіжного заходу.



ДО УВАГИ ЗАХИСНИКІВ, КЛІЄНТИ ЯКИХ ПЕРЕБУВАЮТЬ ПІД ВАРТОЮ: ЗАТВЕРДЖЕНІ НОВІ ПРАВИЛА КОНВОЮВАННЯ



Анастасія Сербіна,

аналітик Видавничого будинку «Фактор», адвокат

26.05.15 р. спільним наказом МВС України, Мін'юстом України, ВСУ, ВССУ, Державною судовою адміністрацією та ГПУ № 613/785/5/30/29/67/68¹ затверджено Інструкцію з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів², яка містить деякі суттєві зміни порівняно із попередньою Інструкцією від 16.10.96 р.

ХТО ЗДІЙСНЮЄ КОНВОЮВАННЯ ТА ЯК?

Конвоювання обвинувачених (підсудних), засуджених **із установ попереднього ув'язнення** до судів та охорона їх під час судових засідань, а також конвоювання їх у зворотному напрямку відповідно до п. 1 Інструкції здійснюються **військовими частинами та підрозділами Національної гвардії України та органами внутрішніх справ Міністерства внутрішніх справ України** за місцем їх дислокації.

Конвоювання на засідання судів засуджених, які відбувають покарання **в установах виконання покарань**, до установ попереднього ув'язнення в населені пункти, де розміщуються суди, здійснюється **військовими частинами**, а з цих установ на засідання суду — вартами військових частин та/або органів внутрішніх справ відповідно до законодавства.

Конвоювання обвинувачених (підсудних), засуджених до суду військова частина або орган внутрішніх справ розпочинає **після затвердження акта міжвідомчої комісії** про прийняття суду на обслуговування на підставі заявки суду на конвоювання. Конвоювання здійснюється військовими частинами залізничним, повітряним та автомобільним транспортом.

Для заїзду до суду спеціального автотранспорту варті та посадки (висадки) обвинувачених (підсудних), засуджених обладнується бокс (з урахуванням існуючих технічних характеристик). За неможливості обладнання боксу обладнується огорожена **стоянка для спеціального автотранспорту варті** біля зовнішнього спеціального входу та забезпечується вільний під'їзд до неї.

Маршрут конвоювання обвинувачених (підсудних), засуджених від камери до залу судових засідань **є цілком ізольований**, конвоювання здійснюється закритими для сторонніх осіб коридорами і сходами або окремим ліфтом (за наявності). Більшість судів України не мають спеціальних коридорів для конвоювання підсудних, а тому на практиці коридор від камери до зали судових засідань має бути звільнений від сторонніх осіб, забезпечена неможливість проходу та виходу.

Інструкція не містить жодного посилання щодо кількості конвоїрів на одного підозрюваного/обвинуваченого, порядку його проведення коридором, у тому числі щодо заламування рук та схилання голови. Забезпечення безпеки у суді здійснюється згідно з планом охорони, який складається із заці-

¹ Далі за текстом — наказ.

² Далі за текстом — Інструкція.



кавленими органами, що погоджується з начальником ГУМВС (УМВС), головою суду та начальником ТУ ДСА України.

ПРО ПЕРЕБУВАННЯ ПІДВАРТНОГО В СУДІ

У приміщеннях судів відповідно до вимог Державних будівельних норм України В.2.2-26:2010 «Будинки і споруди. Суди»³ обладнуються: камери, зали судових засідань, приміщення для розміщення особового складу варти і санітарні вузли. Усі службові приміщення утримуються в належному стані, своєчасно ремонтується та мають достатнє освітлення.

Камери, приміщення для розміщення особового складу варти і санітарні вузли допускається розміщувати на підвальному та цокольному поверхах будинку за наявності окремого евакуаційного виходу з цих приміщень. Провітрювання, освітлення та оздоблення приміщень різного призначення здійснюються відповідно до чинного законодавства.

Кількість камер передбачається із розрахунку для забезпечення роздільного розміщення чоловіків і жінок, дорослих та неповнолітніх, інших осіб відповідно до вимог ст. 8 Закону України від 30.06.93 р. № 3352-XII «Про попереднє ув'язнення» (з метою збереження таємниці досудового розслідування, захисту ув'язнених від можливих посягань на їх життя чи запобігання вчиненню ними нового злочину або за наявності на те медичних підстав) та ст. 88 Кримінально-виконавчого кодексу України (підслідні, які притягуються до кримінальної відповідальності в одному кримінальному провадженні; засуджені, які раніше працювали в суді, органах прокуратури, юстиції та правоохоронних органах; засуджені до довічного позбавлення волі; хворі на активну форму туберкульозу легенів, психічно хворі — окремо між собою і окремо від здорових, у разі потреби за висновком лікаря — в супроводі медичного працівника).

У залі судового засідання **місце для тримання обвинувачених** (підсудних), засуджених обладнується загородженнями відповідно до вимог ДБН. Детальне вивчення цих норм не надає відповіді про обов'язок встановлення скляних приміщень для тримання засуджених, а містить інформацію про наявність металевого огороження із чітко прописаними стандартами. Місце для адвоката має бути поруч із зоною тримання підвартного. Однак відповідно до п. 4 наказу дозво-

лено використання стаціонарних металевих загороджень у залах судових засідань місць для тримання обвинувачених (підсудних), засуджених до повної їх заміни загородженням зі скла чи органічного скла.

Площа місця для тримання обвинувачених (підсудних) та процесуальної частини зали судових засідань чітко визначена ДБН, які на практиці не виконуються.

На вікнах залів судових засідань незалежно від поверховості мають бути встановлені ґрати.

ВАРТА КОНВОЇРІВ

З моменту доповіді начальника варти головуючому в судовому засіданні або судді-доповідачу про доставлення обвинувачених (підсудних), засуджених у суд і до закінчення судового засідання **всі вказівки головуючого в судовому засіданні** (судді-доповідача) щодо тримання обвинувачених (підсудних), засуджених та їх конвоювання (у разі проведення окремих процесуальних дій поза межами приміщення суду) **є обов'язковими для начальника варти**. Начальник варти при цьому доповідає командирові підрозділу, начальникові органу внутрішніх справ щодо необхідності посилення варти.

Узяття під варту обвинуваченого чи засудженого, до якого під час судового засідання **застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою**, здійснюється начальником варти за розпорядженням головуючого в судовому засіданні (судді-доповідача) після оголошення вироку або ухвали (постанови) суду.

Якщо при розгляді в суді матеріалів кримінального провадження (справи) **виникає необхідність зміни запобіжного заходу** обвинуваченому (підсудному) на тримання під вартою в залі судового засідання, головуючий суддя надсилає до військової частини (органу внутрішніх справ), яка (який) обслуговує даний суд, заявку суду, телеграму або телефонограму без зазначення кримінального провадження та конкретної особи, до якої може бути застосований зазначений запобіжний захід.

Конвоювання обвинувачених (підсудних), засуджених, а також осіб, яких узяли під варту у зв'язку зі зміною запобіжного заходу на тримання під вартою, після закінчення судового засідання до установи попереднього ув'язнення начальник варти здійснює на підставі належно оформленої копії вироку або ухвали суду (постанови). У випадках, **коли оформлення**

³ Далі за текстом — ДБН.



копії вироку або ухвали суду (постанови), у тому числі взятих під варту під час судового засідання, **може затримати варту в суді**, ці особи направляються в установу попереднього ув'язнення після одержання від головуючого або судді-доповідача **витягу з вироку або ухвали** суду про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, підписаних головуючим у судовому засіданні (суддею-доповідачем) та завірених печаткою із зазначенням установчих даних.

За розпорядженням головуючого в судовому засіданні (судді-доповідача) начальник варту **дозволяє спілкування** обвинуваченому (підсудному), засудженому із **захисником**, прокурором та при цьому обвинувачений (підсудний), засуджений з-під охорони не звільняється. Такі переговори **проводяться в залі судових засідань** під час перерви і можуть вестися будь-якою мовою. Попередня Інструкція дозволяла проводити такі переговори у вільній кімнаті для тримання підсудних (засуджених) під час перерви.

Побачення обвинуваченого (підсудного), засудженого із родичами або іншими особами **в суді не надається**. Листи, передачі або посилки для обвинувачених (підсудних), засуджених у суді **не приймаються**.

У разі скарги обвинуваченого (підсудного), засудженого на погіршення стану здоров'я під час судового засідання начальник варту **зобов'язаний надати йому домедичну допомогу** та **негайно викликати бригаду екстреної (швидкої) медичної допомоги**. Про результати огляду обвинуваченого (підсудного), засудженого лікарем бригади екстреної (швидкої) медичної допомоги робиться запис у постовій відомості варті військової частини **із складанням ним відповідної довідки**. Під час надання медичної допомоги обвинувачений (підсудний), засуджений з-під охорони не звільняється.

У разі прийняття лікарем бригади екстреної (швидкої) медичної допомоги рішення про необхідність **негайної госпіталізації** обвинуваченого (підсудного), засудженого він перевозиться цією бригадою

до найближчого закладу охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування, де йому може бути надано необхідну медичну допомогу відповідно до його стану. Варта військової частини (органу внутрішніх справ) забезпечує охорону даного обвинуваченого (підсудного), засудженого.

Отримавши інформацію від командування військової частини (органу внутрішніх справ) про негайну госпіталізацію обвинуваченого (підсудного), засудженого, адміністрація установи попереднього ув'язнення **негайно призначає та направляє варту до закладу охорони здоров'я для його подальшої охорони під час лікування**. Після прибуття варту установи попереднього ув'язнення приймає під охорону обвинуваченого (підсудного), засудженого від варті військової частини (органу внутрішніх справ). Передача оформляється в заявці варті військової частини (органу внутрішніх справ), про що складається акт.

У разі зміни судом запобіжного заходу обвинуваченому (підсудному), засудженому зі звільненням його з-під варті начальник варті за вказівкою головуючого в судовому засіданні **негайно звільняє цю особу в залі судового засідання** з наступним письмовим оформленням у заявці на варту та доставляє до установи попереднього ув'язнення належно засвідчений витяг із судового рішення, яким підтверджено звільнення обвинуваченого (підсудного) з-під варті, за винятком випадків наявності іншого судового рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого (підсудного) під вартою.

У разі зміни судом запобіжного заходу обвинуваченому (підсудному) у вигляді тримання під вартою **на домашній арешт**, за яким йому заборонено залишати житло цілодобово, начальником варті негайно повідомляється орган внутрішніх справ, на території обслуговування якого знаходиться судова установа і якому обвинувачений (підсудний) передається для доставляння до місця безпосереднього здійснення запобіжного заходу.



ДТП: ОКРЕМІ АСПЕКТИ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ



Андрій Іванов,

суддя Перевальського районного суду Луганської області

При розгляді у суді кримінальних справ про порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, що спричинило тілесні ушкодження різного ступеню тяжкості або смерть потерпілого, майже завжди виникають проблемні питання. На деякі з них хотілося б звернути увагу.

Як правило, наявність проблемних питань у справі «впливає» під час розгляду кримінальної справи в суді. Однак коріння цих проблем закладається з моменту огляду місця події дорожньо-транспортної пригоди¹ та оформлення первинної документації. Як це відбувається і які шляхи виправлення вказаної ситуації?

Перш за все хотілося б звернути увагу на таку проблему, як оформлення ДТП, внаслідок яких є загиблі, слідчими спеціальних підрозділів, які створюються в обласних центрах. Тобто слідчі територіальних органів Міністерства внутрішніх справ України² не мають права оформлювати ДТП із загиблими, це віднесено до компетенції кваліфікованих слідчих із слідчого управління при обласному МВС. З одного боку, є позитивні моменти від цього. Серед позитивного — досвід роботи і кваліфікація слідчих. З іншого, виникає ряд проблем, які насправді, на мій погляд, перекривають собою усі позитивні моменти від спеціалізації слідчих.

Серед негативного слід відмітити таке.

По-перше, відстань від обласного центру до місця скоєння ДТП інколи сягає сотень кілометрів, тобто час з моменту скоєння ДТП до моменту прибуття слідчого на місце ДТП деколи становить від декількох годин до десятків годин, що ніяк не сприяє збереженню доказів і слідів на місці ДТП.

Звісно, на місце ДТП виїжджають першими співробітники ДАІ, в обов'язки яких входить охорона місця ДТП та збереження слідів ДТП до приїзду слідчого, але на практиці як це виглядає, дорога може бути перегороджена автомобілями, на місці ДТП знаходиться труп,

осколки скла, сліди гальмування, сліди від мастила, інші речові та слідові докази, але дорога не може бути перекрита, оскільки рух транспорту жвавий, об'їзди відсутні, і всі ці факти ведуть до псування або знищення слідів ДТП, що в подальшому негативно впливає на встановлення істини при розгляді справи.

По-друге, бувають випадки, коли в області одночасно скоєно декілька ДТП, а звісно, черговий слідчий, у добовому наряді один, що також веде до затягування огляду місця ДТП.

По-третє, під час судового розгляду майже завжди виникає потреба допитати слідчого, який виїжджав на місце ДТП, робив протокол огляду місця події ДТП, збирав первинні докази. Знову ж у зв'язку зі знаходженням слідчого в обласному центрі, його завантаженістю викликати і допитати його в суді майже не можливо.

Шлях вирішення цієї проблеми один — передати розслідування справ про ДТП із загиблими до територіальних підрозділів МВС за місцем скоєння ДТП. У кожному підрозділі є слідчий чи група слідчих, які спеціалізуються на ДТП, тобто оформлюють усі ДТП з постраждалими, ніякої різниці між оформленням ДТП із загиблими і з постраждалими майже немає, тому не розумію (хочу не розуміти) причини створення при обласних слідчих управління спеціальних підрозділів по оформленню ДТП із загиблими.

Наступним проблемним питанням огляду місця події ДТП із загиблими або з постраждалими є те, що учасники ДТП, які загинули або отримали тілесні ушкодження, не можуть бути присутніми при огляді в силу перелі-

¹ Далі за текстом — ДТП.

² Далі за текстом — МВС.



чених обставин. Їх близькі, які в майбутньому стають потерпілими у кримінальних справах, у цей момент більше зайняті рятуванням життя учасників ДТП, ніж контролем за фіксацією слідів ДТП, а в подальшому, не будучи присутніми при складанні протоколу огляду ДТП, в багатьох випадках піддають сумніву складені при огляді місця пригоди документи і схеми. У деяких випадках небезпідставно.

На мій особистий погляд, слідчий при огляді місця ДТП повинен докласти усіх зусиль для того, щоб у огляді місця ДТП брали участь близькі особи учасників ДТП, що загинули або потрапили до лікарні, або їх представники. Якщо це зробити неможливо, доцільно було б залучати адвокатів, які зайняті у системі вторинної безоплатної правової допомоги. Тобто слідчий при отриманні повідомлення про ДТП із загиблими повинен, у разі неможливості залучення учасників ДТП, залучити для проведення огляду місця події ДТП, складання схеми ДТП, фіксування слідів ДТП неупередженого незалежного адвоката. Оскільки якщо є загиблі, розпочинається кримінальне провадження. Крім того, необхідно залучати до огляду місця події аварійних комісарів страхових організацій, оскільки питання відшкодування збитків, спричинених ДТП, при розгляді кримінального провадження у суді є чи не найважливішим.

Понятими при огляді місця події часто стають водії автомобілів, які або зупинились допомогти постраждалим, або випадково були зупинені працівниками ДАІ. При цьому понятим не роз'яснюються або навіть приховуються від них їхні права та обов'язки, в тому числі обов'язок дати пояснення як свідок слідчому чи суду. Інколи за понятих обираються особи, які проживають в іншій місцевості, що ускладнює чи унеможливує їх допит у статусі свідків. Тому при залученні понятих слідчі повинні враховувати місце їх проживання і можливість їх з'явлення для допиту слідчим чи судом.

Щодо складання схеми ДТП слідчим. Звісно, схема ДТП є додатком до протоколу огляду місця події. Слідчі інколи при огляді місця події складають чернетку схеми ДТП, а потім переносять усі дані на чистову схему. Згідно з наказом МВС від 06.12.07 р. № 460 «Про затвердження інструкції з організації взаємодії органів і підрозділів внутрішніх справ України при документуванні та розслідуванні ДТП» працівники ДАІ мають право оформляти ДТП, що не мають ознак злочину. Я б зобов'язав працівників ДАІ, які першими прибувають на місце ДТП, якщо приїзд слідчого затягується, складати свою схему ДТП, звільняти прохідну частину дороги від транспортних засобів, пошкоджених у ДТП, фіксувати негайно усі сліди

ДТП та додавати схему як другу чернетку до протоколу огляду місця ДТП, оскільки саме у працівників ДАІ є досвід та навички складання подібних схем.

При складанні схеми ДТП одним з основних параметрів є місце зіткнення транспортних засобів чи місце наїзду на пішохода. При цьому різні учасники ДТП можуть вказувати на різні місця зіткнення. На практиці це виглядає так: або вказане одне місце зіткнення, з яким погодилися учасники ДТП; або два місця зіткнення, тобто зі слів одного учасника та іншого учасника; або ж взагалі на схемі місце зіткнення не зазначається. Працівник міліції, на мою думку, повинен вказати на схемі ДТП місце зіткнення (наїзду) зі слів учасників (свідків) ДТП, та об'єктивно оглянувши місце ДТП на наявність слідів, вказати місце зіткнення (наїзду) на свою думку. При розгляді справи у суді інколи встановлення саме місця зіткнення (наїзду) викликає найбільші спори. Тому, гадаю, суд повинен мати можливість, об'єктивно дослідивши усі доводи сторін та пояснення свідків, якщо в них є суперечності, точно встановити місце зіткнення (наїзду), на своє внутрішнє переконання.

Важливе значення має точне фіксування місцеположення транспортних засобів, слідів автомобілів, тіл загиблих, речових доказів на місці ДТП. При цьому необхідно прив'язувати транспортні засоби, пошкоджені в ДТП, шляхом вимірювання відстані від передніх і задніх коліс до нерухомого орієнтиру (кут будівлі, дорожні споруди, навіть електроопори тощо). І робити це необхідно так, щоб у разі проведення відтворення обставин події ДТП можна було розташувати транспортні засоби так, як вони були розташовані при первинному огляді. Важливо, щоб у замірах дороги слідчі чітко фіксували ширину проїзної частини та ширину обочини, і не було помилок, коли, наприклад, ширину дороги розуміють по-різному, тобто один слідчий відносить сюди розмір обочини, інший — тільки розмір проїзної частини дороги.

Первинний огляд місця ДТП має найважливіше значення при досудовому розслідуванні та судовому розгляді справ подібної категорії, оскільки є можливість закріпити в ньому усі наявні на місці ДТП докази. Повторні огляди місця ДТП, відновлення обставин і місця події ДТП, на мій погляд, тільки заплутують досудове слідство і судовий розгляд, та дають можливість по-різному трактувати дії водіїв при ДТП. Наприклад, при повторному огляді місця ДТП слідчий укаже інший розмір ширини проїзної частини дороги, що одразу викликає у учасників і їх захисників (представників) справедливі претензії та сумніви щодо неупередженості слідчого, оскільки кожний розмір, слід, доказ, фраза у показах



є вихідними даними при виготовленні експертами висновку автотехнічної експертизи. Якщо слід гальмування, залишений на дорозі шинами, становить, наприклад, 50 метрів, а слідчий вказує на схемі 25 метрів, то відповідно в наступному зміниться і розрахунок швидкості, з якою рухався автомобіль учасника ДТП.

Одним із важливих вихідних даних для отримання висновку експерта-автотехніка є покази водіїв — учасників ДТП, оскільки вони володіють найбільшою інформацією про умови і причини ДТП. Одразу виникає запитання, в якій якості їх допитувати — як підозрюваних чи як свідків.

Якщо ДТП очевидне, то можливо оголошувати одному із водіїв про підозру, допитувати його як підозрюваного, а іншого допитувати як свідка. Але що ж робити, коли ознаки кримінального правопорушення у ДТП не очевидні або не зрозуміло, хто є винуватим у його настанні? Якщо допитати учасника ДТП як свідка,

а в подальшому його процесуальний статус зміниться і він стане підозрюваним, то такі докази будуть визнані недопустимими. Якщо не допитувати, а **опитати**, то цей позапроцесуальний шлях отримання свідчень не може бути покладений в основу для отримання висновку експерта-автотехніка. На мою особисту думку, необхідно допитувати усіх водіїв — учасників ДТП як підозрюваних, а в подальшому, якщо автотехнічною експертизою буде встановлена вина когось із водіїв, то відповідно статус винного водія залишиться, а щодо невинного у ДТП буде прийняте процесуальне рішення і щодо нього кримінальне провадження буде закрито. Звісно, це може бути підставою для оскарження дій слідчого, але, на мій погляд, цей шлях у процесуальному порядку видається найбільш виваженим.

Щодо збирання доказів стороною захисту, потерпілим, то ч. 3 ст. 93 Кримінального процесуального кодексу України³ надає їм можливість:

1	витребувати від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів тощо
2	ініціювати проведення слідчих (розшукових) гласних або негласних дій, інших процесуальних дій, шляхом подання відповідних клопотань слідчому
3	шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів

На практиці це виглядає так. Адвокат приносить у судовий розгляд фотознімки або відеозапис ДТП, зроблені на камеру мобільного телефону, та просить долучити вказані докази до справи та покласти їх у основу вироку. Чи може суд зробити це згідно з нормами діючого КПК?

Адвокат повинен був подати відповідне клопотання про додання документів (п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК) у вигляді матеріалів фото-, відеозйомки до кримінального провадження слідчому, той повинен був у свою чергу або долучити документи до матеріалів кримінального провадження, або відмовити в цьому. А вже відмову слідчого можливо оскаржити до слідчого судді.

Що ж робити судді, який отримав у судовому засіданні запис із відеореєстратора, на якому чітко зафіксована дорожньо-транспортна пригода, і при його перегляді, можливо, будуть отримані нові докази щодо скоєного ДТП? Можна сказати, що на проведення відеозйомки не було дозволу, що відеореєстратор на пройшов перевірку, що порушений порядок збирання доказів.

Я завжди наводжу такий приклад. Уявіть: два злодії пограбували якусь особу та забрали в неї ноутбук. Втекли. Принесли ноутбук на квартиру до одного із злодіїв, включили його, включили відеокамеру на ноутбук та почали святкувати успішне викрадення ноутбука. Під час вживання алкоголю злодії посварились, побились, та в ході бійки один злодій зарізав іншого ножом. Уся ця подія була зафіксована відеокамерою ноутбука та збережена. Ноутбук крадений, не сертифікований, операційна система ноутбука піратська, дозволу на відеозйомку ніхто не отримував, але на запису чітко видно, як один злодій завдав іншому смертельний удар. Чи буде цей запис доказом вини убивці у кримінальному провадженні?

Я вважаю, що так. Спробую відповісти чому. Доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, на підставі яких встановлюється наявність або відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження. З указанного відео можливо встановити майже усі факти, що стосуються злочину.

Цей доказ:

1	належний, оскільки прямо підтверджує наявність обставин, що підлягають доказуванню, та має значення для кримінального провадження
---	---

³ Далі за текстом — КПК.



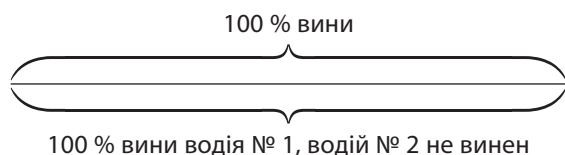
2	допустимий, оскільки він виник у об'єктивній реальності, незалежно від волі чи бажання учасників кримінального провадження, спосіб його отримання один — долучення до матеріалів кримінального провадження та наступне дослідження, що не суперечить КПК, як не суперечить вилучення відбитків пальців з місця скоєння злочину
3	при отриманні цього доказу права та свободи людини ніяк не зачіпаються

Щодо кримінальної відповідальності учасників ДТП. Кримінальна відповідальність учасників ДТП, як і усіх осіб, звинувачених у скоєнні кримінальних правопорушень, настає за наявності вини особи. При цьому ДТП з постраждалими — це неумисний злочин. Тому вина особи може бути виражена у вигляді необережності, яка у свою чергу поділяється на злочинну самовпевненість (наприклад, рух з перевищенням швидкості, при впевненості водія, що він зможе вчасно зреагувати на якусь подію на дорозі), та злочинну недбалість (наприклад, їзда на технічно несправному автомобілі, коли водій повинен був перевірити технічний стан авто перед вїздом, але не зробив цього).

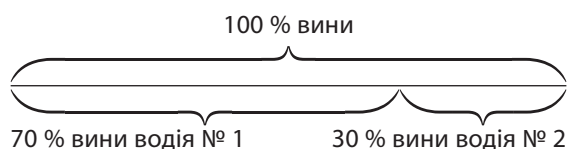
Необхідно розуміти, що у деяких ДТП є не один винний учасник, а можуть бути винні або два чи навіть більше водіїв. Звісно, вина одного учасника ДТП може бути більшою за вину другого, але якщо у іншого учасника ДТП також є вина у скоєнні ДТП, то навіть якщо його вина значно менша, це не звільняє його від кримінальної відповідальності, оскільки кримінальна відповідальність настає за наявності вини, незалежно від обсягу вини.

Щоб було зрозуміло, можна створити простенький графік вини учасників ДТП у вигляді відрізка, який становить 100 % вини. При цьому вина учасників може бути різною, наведу приклади за участю двох водіїв.

Ось умовний графік, коли вина одного з учасників ДТП становить 100 %:



А ось приклад, коли вина в ДТП розподіляється між обома учасниками:



Слід розуміти, що жоден експерт-автотехнік не вкаже у своєму висновку, що вина одного водія становить

70 %, а вина іншого водія — 30 %. Ці приклади я наводжу для того, що читачі зрозуміли, що вина водіїв може бути різною, але кримінальна відповідальність настає за будь-якої частки вини, навіть якщо вина одного водія становить 95 %, а другого — 5 %.

Ось більш практичний приклад. На перехресті водій № 1 повертає ліво, включивши покажчик лівого повороту, водій № 2, порушуючи п. 14.6 ПДР України, скоює обгін перед перехрестям. Водій № 1 повертає ліворуч, відбувається зіткнення. Очевидно, що винен водій № 2, оскільки він почав маневр обгону перед перехрестям, порушуючи п. 14.6 ПДР України. Але якщо розібратись, і майже завжди такі висновки дають експерти-автотехніки, що винен і водій № 1, оскільки він не впевнився в тому, що його маневр повороту ліворуч не скоїть перешкод іншим учасникам дорожнього руху. Звісно, що водій № 2 грубо порушив ПДР України, його дії знаходяться в прямій залежності щодо скоєного ДТП. Але й водій № 1 здійснив порушення ПДР України (хоча й менш грубе). Вина водія № 1, на мій погляд, менше вини водія № 2, але вона є, що є підставою до притягнення до кримінальної відповідальності і водія № 1, якщо є постраждалі.

Що стосується автотехнічних експертиз по справі про ДТП, то на цій експертизі слідчі або ставлять замало запитань, або перевантажують експертів зайвими запитаннями, відсутність відповіді на які дозволяє в подальшому учасникам кримінального процесу ставити під сумнів висновки експертів та заявляти клопотання про призначення додатково низки експертиз, що ніяк не вносить ясність у справу.

Щодо моральної шкоди, заподіяної ДТП, на мій погляд, давно час на законодавчому рівні закріпити мінімальні розміри стягуваної моральної шкоди за заподіяння смерті, заподіяння шкоди здоров'ю різного ступеню тяжкості, за отримання інвалідності в результаті ДТП тощо. Але поки цього не сталося, вважаю доцільним призначати та проводити при розслідуванні та при судовому розгляді справ про ДТП експертизи щодо визначення розміру моральної шкоди, спричиненої ушкодженням здоров'я чи смертю у результаті ДТП.



ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАОЧНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ



Маргарита Трипольська, адвокат, голова Запорізького обласного відділення ВГО «Асоціація адвокатів України», к. ю. н.

Інститут заочного провадження не є надбанням сучасного цивільного процесу, він відомий уже багато століть та зазнавав постійної трансформації. Так, ще у римському приватному праві неявка відповідача розцінювалася як неповага до існуючого правопорядку, яка тягнула за собою несприятливі наслідки різноманітного характеру: від ухвалення рішення на користь позивача без розгляду справи до можливості позивача користуватися майном відсутнього відповідача та навіть застосування примусових заходів фізичного впливу.

ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ЗАОЧНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У Київській Русі до відповідача, який не з'явився у судові засідання, застосовувалися заходи фізичного покарання та взяття під варту. Об'єднуючою ознакою правового регулювання заочного розгляду справи тих часів було те, що заочні рішення ухвалювалися без так званого заочного провадження і лише на тій підставі, що відповідач не з'явився на розгляд справи. Уже пізніше за відсутності відповідача справи почали розглядати за доказами, наданими позивачем, і за результатами їх оцінки виносилося рішення.

Можливість скасування заочного рішення вперше була передбачена у Франції в XVII ст., коли відповідач, маючи поважні причини своєї неявки та готовність з'явитися у засідання, міг подати відповідну заяву. Лише оцінивши причини неявки як поважні, суд допускав відповідача до участі у процесі.

В Україні інститут заочного провадження з'явився з прийняттям нового Цивільного процесуального кодексу України¹. На сьогоднішній день він широко використовується у цивільному судочинстві. Заочні рішення складають вагомий частину усіх ухвалених рішень судами першої інстанції. Заочне проваджен-

ня покликане підвищувати ефективність цивільного судочинства та дотримання його сторонами процесуальних обов'язків, недопущення затягування розгляду цивільної справи. Фактично даний інститут є додатковою процесуальною гарантією дотримання прав і законних інтересів позивача на випадок наміру відповідача затягнути розгляд цивільної справи шляхом ігнорування явки на судові засідання.

ПРОБЛЕМАТИКА ЗАОЧНОГО РОЗГЛЯДУ

Слід зазначити, що реалізація інституту заочного провадження у цивільно-процесуальному законодавстві України не позбавлена недоліків, що іноді призводить до суттєвого порушення прав та законних інтересів однієї або обох сторін. З моменту виникнення інституту заочного розгляду в ЦПК він зазнав істотної трансформації.

Аналіз положень ЦПК щодо заочного розгляду справи дозволяє дійти висновку, що зазначений інститут потребує серйозного доопрацювання, а практика перегляду та виконання заочних рішень свідчить про існування системних проблем.

Загальні засади заочного провадження передбачені ст. 224 — 233 ЦПК. Відповідно до ст. 224

¹ Далі за текстом — ЦПК.



цього Кодексу у разі неявки в судове засідання відповідача, який належним чином повідомлений і від якого не надійшло заяви про розгляд справи за його відсутності або якщо повідомлені ним причини неявки визнані неповажними, суд може ухва-

лити заочне рішення на підставі наявних у справі доказів, якщо позивач не заперечує проти такого вирішення справи.

Виходячи з цього заочне провадження **може бути розпочате за наявності наступних підстав:**

1	неявка в судове засідання належним чином повідомленого відповідача
2	відсутність заяви про розгляд справи за відсутності відповідача або визнання причин, які повідомлені, неповажними
3	згода позивача

Законодавчо не врегульованими є правомочності суду щодо випадків незгоди позивача на заочний розгляд справи.

Суд не правомочний ухвалити заочне рішення у разі явки в судове засідання представника відповідача з належно оформленими повноваженнями. При цьому саме надмірні сподівання на представника нерідко призводять до ухвалення заочних рішень. У такому випадку відповідач впевнений у тому, що його представник з'являється у судові засідання, а цього насправді не відбувається. Неявка представника відповідача може стати додатковою підставою для скасування заочного рішення. Наприклад, в ухвалі Комунарського районного суду м. Запоріжжя від 19.08.14 р. по справі № 333/9775/13-ц², якою скасоване заочне рішення, зазначено: *«ОСОБА_3 зазначає, що нею була надана довіреність на представництво її інтересів ОСОБА_6, який є фахівцем у галузі права. За домовленістю між ними, саме він повинен бути присутнім замість неї на судових засіданнях. Про те, що він не з'являвся на судові засідання, вона дізналася лише з заочного рішення по даній цивільній справі.»*

Практика перегляду заочних рішень свідчить про непоодинокі випадки ухвалення заочних рішень у справах, де відповідач не був повідомлений належним чином про судові засідання. Так, в ухвалі Ленінського районного суду м. Дніпропетровська від 13.06.14 р. по справі № 205/9191/13-ц зазначається: *«Як вбачається з матеріалів справи, 04 лютого 2014 року по справі було ухвалено заочне рішення. Однак з наданих заявником до суду матеріалів про перегляд заочного рішення вбачається, що він дійсно*

не був повідомлений належним чином, що і є причиною неявки в судові засідання. З урахуванням вищевикладеного, суд вважає, що є всі підстави для скасування заочного рішення суду та призначення справи до розгляду в загальному порядку.»

ЦПК передбачає особливий порядок оскарження заочного рішення. Зокрема, відповідно до ст. 228 ЦПК заочне рішення може бути переглянуте судом, що його ухвалив, на підставі заяви відповідача. У випадку залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення не виключається можливість оскарження заочного рішення відповідачем у загальному порядку шляхом подання апеляційної скарги.

Відповідно до ст. 232 ЦПК, заочне рішення підлягає скасуванню, якщо судом буде встановлено, що відповідач не з'явився в судові засідання та не повідомив про причини **неявки з поважних причин і докази, на які він посилається, мають істотне значення** для правильного вирішення справи. Для скасування заочного рішення необхідна наявність обох, передбачених ст. 232 ЦПК обставин.

Нерідко виникають проблеми, пов'язані з неоднозначним розумінням строку набрання заочним рішенням законної сили. Згідно зі ст. 232 ЦПК заочне рішення набирає законної сили відповідно до загального порядку, встановленого ЦПК.

Відповідно до ст. 223 ЦПК рішення суду набирає законної сили після закінчення строку для подання апеляційної скарги, якщо апеляційну скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом.

² З судовими рішеннями, що наведені у цій статті, можна ознайомитися на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень за наступним посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/>



Статтею 294 ЦПК передбачено, що особи, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, можуть подати апеляційну скаргу протягом десяти днів з дня отримання копії цього рішення.

Отже, **заочне рішення набирає законної сили після закінчення строку на його оскарження, який починає перебігати з моменту отримання стороною, що не була присутня у судовому засіданні, копії заочного рішення.** Відповідно до п. 13.9 Інструкції з діловодства у місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах м. Києва та Севастополя, Апеляційному суді АРК та ВССУ з розгляду цивільних та кримінальних справ від 17.12.13 р. у разі надсилання копії судового рішення поштою про це зазначається у справі **шляхом приєднання супровідного листа.**

При цьому не визначено на сьогоднішній день, як діяти суду, якщо копію заочного рішення неможливо вручити відповідачу з тих чи інших причин (ухилення відповідача від його отримання, розгляд справи за останнім відомим місцем проживання відповідача, зміна місця проживання відповідача та недобросовісне виконання ним обов'язку повідомити суд про відповідні зміни тощо). У такому випадку мова може йти про суттєве порушення прав позивача та законних інтересів позивача.

З іншого боку, нерідко судами застосовується хибна практика визнання заочного рішення таким, що набрало законної сили після спливу десяти днів з дня його проголошення. Такі заочні рішення **звертаються до примусового виконання фактично до набуття ними законної сили**, що впливає на суттєве порушення прав та законних інтересів відповідача, адже в такому випадку питання зупинення або закриття виконавчого провадження судом, який видав виконавчий лист, не врегульоване належним чином ЦПК.

Так, у подібних випадках існує судова практика зупинення стягнення за виконавчим документом, що видав суд, яке здійснюється на підставі подання заяви про забезпечення позову відповідно до ст. 152 ЦПК. Зокрема, у деяких ухвалах судів обґрунтовується зупинення стягнення за виконавчим документом, що за своєю сутністю є заходом забезпечення позову, аналогією закону, відповідно до якої до заяви про перегляд заочного рішення застосовуються загальні норми ЦПК.

При цьому у п. 15 Постанови Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику

розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судових рішень у цивільних справах» від 07.02.14 р. зазначається, що при розгляді скарги на рішення, дії чи бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби **суд не має права вживати заходів забезпечення скарги** (аналогічно до забезпечення позову) **шляхом зупинення виконавчого провадження**, зупинення дії оскаржуваного рішення тощо, оскільки зазначене не є повноваженнями суду, а є виключним повноваженням державного виконавця, яке може бути оскаржено до суду. Разом із тим до завершення розгляду скарги при наявності для цього підстав суд може зупинити стягнення на підставі виконавчого листа (п. 4 ч. 1 ст. 37 Закону України від 21.04.99 р. № 606 «Про виконавче провадження»).

Тобто такий захід забезпечення позову, як **зупинення стягнення** за виконавчим документом, може бути застосований судом лише **у випадку оскарження рішення, дії або бездіяльність державного виконавця** чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судових рішень у цивільних справах.

Дуже розповсюдженою також є практика звернення відповідачем, яким подано заяву про перегляд заочного рішення, з клопотанням про зупинення виконавчого провадження до суду. При цьому на сьогоднішній день склалася типова практика відмови судами у задоволенні подібного клопотання. Наприклад, в ухвалі Деснянського районного суду м. Києва від 28.04.15 р. по справі № 754/22330/13-ц, якою не задовольняється клопотання про зупинення виконавчого провадження, зазначається наступне: *«Законодавством чітко визначено обставини, які можуть бути підставою для зупинення виконавчого провадження, та порядок вирішення питання про зупинення виконавчого провадження, а саме питання про зупинення виконавчого провадження вирішується державним виконавцем, на примусовому виконанні якого знаходиться виконавче провадження. Таким чином, правом зупинення виконавчого провадження на підставі Закону України «Про виконавче провадження» наділений виключно державний виконавець і вирішення такого питання до компетенції суду не входить. Навіть у разі оскарження дій державного виконавця, який не зупинив виконавче провадження, суд вправі визнати його*



дії незаконними та зобов'язати зупинити виконавче провадження.»

Слід зазначити, що ЦПК передбачає наступну можливість зупинення виконавчого провадження судом у випадку, коли виконавчий лист виданий помилково до набрання рішенням законної сили. Так, ч. 2 ст. 369 ЦПК встановлює, що суд, який видав виконавчий лист, може за заявою стягувача або боржника виправити помилку, допущену при його оформленні або видачі, **чи визнати виконавчий лист таким, що не підлягає виконанню**, та стягнути на користь боржника безпідставно одержане стягувачем за виконавчим листом.

Відповідно до ч. 4 ст. 369 ЦПК суд ухвалою визнає виконавчий лист таким, що не підлягає виконанню повністю або частково. Якщо стягнення за таким виконавчим листом вже відбулося повністю або частково, суд одночасно на вимогу боржника стягує на його користь безпідставно одержане стягувачем за виконавчим листом. Відповідно до ч. 3 ст. 369 ЦПК до розгляду заяви суд має право своєю ухвалою зупинити стягнення за виконавчим листом, а також витребувати виконавчий лист.

Так, в ухвалі Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області від 09.07.14 р. по справі № 495/4971/14-ц зазначено наступне: «ОСОБА_1 звернувся до суду із заявою про визнання виконавчого листа № 495/278/13-ц, виданого Білгород-Дністровським міськрайонним судом Одеської області 19.05.14 року, таким, що не підлягає виконанню, оскільки виконавчий лист був виданий на підставі заочного рішення суду, яке не набрало законної сили. Крім того, у даний час в Білгород-Дністровському міськрайонному суді Одеської області розглядається заява ОСОБА_1 про перегляд вказаного заочного рішення по справі № 495/278/13-ц. До розгляду по суті заяви про визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню, ОСОБА_1 просить суд зупинити стягнення за вищевказаним виконавчим листом та витребувати виконавчий лист з відділу примусового виконання рішень Державної виконавчої служби. Вивчивши матеріали справи, ретельно дослідивши докази, суд вважає, що заява ОСОБА_1 про зупинення стягнення за виконавчим листом підлягає задоволенню.»

При цьому дуже розповсюдженою є практика зтягнення судом розгляду заяви про визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню до розгляду заяви про перегляд заочного рішення, що призводить до суттєвого порушення прав відпо-

відача. Розгляд заяви про перегляд заочного рішення може з тих чи інших причин затягуватися, що на практиці у багатьох випадках і відбувається, а в цей період заочне рішення вже примусово виконується.

Разом з цим **подання заяви про визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню, є єдиною законною можливістю зупинення виконавчого провадження** та його закриття до розгляду заяви про перегляд заочного рішення судом. Варто зазначити, що практика розгляду подібних заяв є неоднозначною через відсутність законодавчо визначених підстав визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню.

Аналізуючи вищезазначене, можна дійти висновку про існування системних проблем при реалізації інституту заочного розгляду справи у цивільному судочинстві. Зокрема, серед основних з них можна виділити наступні:

- непоодинокі випадки ухвалення заочних рішень у справах, де відповідач не був повідомлений належним чином про судові засідання, що призводить до суттєвого порушення інтересів відповідача;
- відсутність єдиної практики набрання заочним рішенням законної сили через прогалини в ЦПК;
- порушення інтересів позивача через те, що не визначено на сьогоднішній день, як діяти суду, якщо копію заочного рішення неможливо вручити відповідачу з тих чи інших причин;
- визнання заочного рішення таким, що набрало законної сили після спливу десяти днів з дня його проголошення, і звернення його до примусового виконання;
- наявність хибної практики зупинення стягнення за виконавчим документом, що за своєю сутністю є заходом забезпечення позову, аналогією закону, відповідно до якої до заяви про перегляд заочного рішення застосовуються загальні норми ЦПК;
- відсутність законодавчо визначених підстав визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню.

Виходячи з цього було б доцільним доповнити главу 8 ЦПК «Заочний розгляд справи» та Закон України від 21.04.99 р. № 606 «Про виконавче провадження» нормами, які надавали б додаткові можливості суду щодо зупинення виконавчого провадження за аналогією до ст. 328 ЦПК, коли виконання рішення суду зупиняється до розгляду справи по суті судом касаційної інстанції.



ПРОБЛЕМИ СПІЛКУВАННЯ ТА ВИХОВАННЯ НЕПОВНОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ БАТЬКОМ, МАТЕР'Ю, ЯКІ ПРОЖИВАЮТЬ ОКРЕМО



Віктор Березук, юрист

Статтею 51 Конституції України передбачено, що кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Положення цієї статті Основного Закону України знайшли своє відображення в Сімейному кодексі України¹, а саме: ч. 1 ст. 157 СК передбачено, що питання виховання дитини вирішується батьками спільно. Проте, як зазначає судова практика, чверть зареєстрованих шлюбів розпадається², а відповідно з розірванням шлюбу виникає питання стосовно виховання дитини.

Після розірвання шлюбу та припинення проживання однією сім'єю батьки не завжди залишаються проживати в одній місцевості, в одному населеному пункті. Крім того, після вжиття судом заходів щодо примирення подружжя, надання судом часу на примирення (який може тривати до шести місяців), яке так і не відбулося, у сторін спору накопичується чимало негативної енергії, яка переростає у неприязнь, подеколи у ненависть та бажання одне одному якомога більше нашкодити. А тому чимало жінок, за якими суд залишає першочергове право на проживання та виховання неповнолітньої дитини з ними, зловживають своїм правом та перешкоджають під будь-яким приводом мати побачення батькові дитини з неповнолітньою чи неповнолітнім. Будь-який привід вони визнають за поважну причину, чим мотивують та обґрунтовують свої, на їхню думку, «правомірні дії». Наприклад, під час судового розгляду Жовтневим районним судом

м. Маріуполя Донецької області цивільної справи про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною представником відповідачки позов визнано частково та зазначено, що відповідачка не чинила перешкод позивачу у спілкуванні з дочкою, проте, на її думку, дівчинка ще мала, а тому вона вважає, що для неї, її психіки, буде необхідна її присутність³.

Судова практика показує, що приводом для створення перешкод для спілкування з дитиною може бути: малолітній вік, слабкий фізичний стан, хворобливий стан, некоректне і грубе поводження з неповнолітніми, емоційні зриви неповнолітніх під час розлучення після побачення, а тому слід мати на увазі, що суд зобов'язаний перевірити наявність так званих перешкод, а сторони повинні довести свою позицію та правоту. Так, у своєму рішенні від 21.09.10 р. Жовтневий районний суд м. Маріуполя Донецької області зазначив, що згідно зі ст. 153 СК **батько має право**

¹ Далі за текстом — СК.

² Див. сайт Державної реєстраційної служби України за наступним посиланням: <http://www.drsv.gov.ua/show/1288>

³ З рішенням Жовтневого районного суду м. Маріуполя від 21.09.10 р. у справі № 2-790/10 можна ознайомитися на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень за наступним посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12439706>



на безперешкодне спілкування з дитиною. За змістом ст. 157 цього Кодексу батько зобов'язаний брати участь у вихованні дитини та має права на спілкування з нею, а мати не має права перешкоджати такому спілкуванню. Таким чином, суд вважає, що позивач як батько неповнолітньої дочки, ОСОБА_4, має право на спілкування з нею для виконання своїх батьківських обов'язків по її вихованню. При цьому відповідачка не має права перешкоджати цьому. Суд, **вирішуючи питання про час спілкування з дочкою, виходить зі стану здоров'я дитини, її ставлення до батька, особливості її життя.** Виходячи з висновку служби по справах дітей суд вважає доцільним установити час спілкування позивача з дочкою раз у тиждень кожної суботи, як того вимагає позивач, з 12:00 до 17:00. При цьому суд бере до уваги ті обставини, що дитина в чотири роки має нестійку нервову систему, вже не бачилася із батьком 2 роки, тому вважає необхідним встановити для дівчинки період адаптації та в перші чотири місяці після набрання чинності даним рішенням проводити побачення у присутності матері дитини, а після закінчення цього терміну — без її присутності. Інший вихідний день — неділю суд залишає відповідачці для спілкування із дочкою.

У ч. 2 ст. 157 СК зазначено, що той із батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні і має право на особисте спілкування з нею. Проте досить часто трапляються випадки, коли мати неповнолітньої дитини, посилаючись на малолітній вік — 1 — 2 роки, заперечує проти особистого спілкування і наполягає на тому, що таке спілкування можливе лише за її участі. У такому разі практика йде тим шляхом, що спілкування у присутності матері відбувається в малолітньому віці. Так, Южноукраїнським міським судом Миколаївської області у справі за позовом позивача, ОСОБИ_1, до відповідача, ОСОБИ_2, про усунення перешкод у спілкуванні та вихованні дитини позивачу в частині визначення терміну спільного відпочинку — одного тижня на рік в період щорічної відпустки позивача з малолітнім сином відмовлено, оскільки дитина є малолітньою та потребує материнської опіки⁴.

Відповідно до ч. 3 ст. 157 СК передбачено, що той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо,

спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвитку дитини.

Налаштовування дитини проти батька — далеко не поодинокі випадки, коли норма закону порушується і особа свідомо перешкоджає у спілкуванні батька з неповнолітньою дитиною, доводячи до відома дитини негативні риси характеру особистості батька, які ганьблять його людську честь та гідність. У багатьох випадках чоловіки, чи то з власного самолюбства, чи то з будь-яких інших підстав, полишають цю справу, втішаючи себе тим, що спроби поновляться та буде позитивний результат після спливу деякого часу, коли дитина підросте, що не зовсім є правильним, оскільки з перших років життя дитина позбавлена можливості спілкуватись з батьком, що в подальшому призведе до психологічного бар'єра, для подолання якого потрібні час та певні умови, яких і на перших порах не вистачає, то про які умови може йти мова в подальшому. У такому випадку особа, яка проживає окремо від дитини, повинна спочатку звернутись **до органу опіки та піклування за місцем проживання неповнолітньої дитини із письмовою заявою**, в якій має зазначити, що їй чиняться перешкоди у побаченні з неповнолітньою дитиною, в результаті чого особа позбавлена можливості спілкуватись та брати участь у вихованні дитини.

Представники органу опіки та піклування, відповідно до поданої заяви, проводять обстеження умов проживання заявника та особи, з якою проживає неповнолітня дитина, а також визначають їх ставлення до дитини, наявність чи відсутність шкідливих соціальних звичок, наявність постійного місця роботи, належний заробіток, схильність до вживання алкогольних напоїв. Для встановлення вищезазначених фактів представники органу опіки та піклування проводять обстеження житлово-побутових умов, результати якого **відображаються в Акті обстеження**, проводять опитування сусідів або осіб, які перебувають в родинних відносинах, що також відображається в протоколах. Усі зібрані по даному факту матеріали додаються до заведеної справи і відіграють важливу роль під час прийняття рішення при вирішенні проблеми спілкування одного з батьків, який проживає окремо від неповнолітньої дитини. Після проведення всіх підготовчих дій

⁴ З рішенням Южноукраїнського міського суду Миколаївської області від 05.02.08 р. у справі № 2-50/2008 можна ознайомитися на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень за наступним посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/5969857>



орган опіки та піклування проводить своє засідання. Засідає комісія, на яку запрошують сторони спору, тобто батьків неповнолітньої дитини, які висловлюють свої позиції. З даного питання **орган опіки та піклування вносить своє рішення**, в якому зазначає способи участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею: дні тижня та години, в які батько має право спілкуватись

та брати участь у її вихованні, в тому числі відвідування дитиною місця проживання батька.

Рішення органу опіки та піклування **є обов'язковим до виконання**. Особа, яка ухиляється від виконання рішення органу опіки та піклування, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, хто проживає окремо від дитини.

Голові комісії з питань захисту прав дитини

_____ (П. І. Б. заявника)

_____ (адреса проживання)

_____ (контактний телефон)

ЗАЯВА

КОРОТКИЙ ЗМІСТ СУТІ СПРАВИ

Відповідно до ст. 158, абз. 1 ч. 1, 2 ст. 257 СК України прошу встановити порядок моєї участі у вихованні доньки/сина _____, (прізвище, ім'я, по батькові, дата народження)

яка проживає з _____

за адресою: _____

а також прошу врахувати мою думку щодо часу та місця зустрічі: _____

_____ (вказати день і годину зустрічі)

Дата:

Підпис

До заяви додаю наступні документи:

1. Копія свідоцтва про народження дитини.
2. Копія першої, другої та одинадцятої сторінок паспорта або іншого документа, що посвідчує особу заявника.
3. Довідка з місця роботи заявника (копія трудової книжки), характеристика.
4. Копія картки фізичної особи — платника податків (про присвоєння ідентифікаційного номера).
5. Копія свідоцтва про розлучення, а також копія рішення суду про розлучення (де вказано, з ким має проживати дитина після розлучення батьків).
6. Інформація дирекції навчального (виховного) закладу, який відвідує дитина, про участь кожного з батьків у вихованні дитини.
7. Протокол бесіди з дитиною (якщо дитина досягла 10-річного віку).
8. Довідка з місця реєстрації.
9. Акт обстеження житлово-побутових умов проживання заявника.

Заява написана в присутності

_____ служби у справах дітей _____



Якщо в подальшому рішення органу опіки та піклування не виконується, особа, на користь якої винесено рішення, може звернутись з позовною заявою до суду за місцем проживання неповнолітньої дитини та її матері про усунення перешкод у вихованні та спілкуванні з неповнолітньою особою. В заяві зазначається час, протягом якого рішення органу опіки та піклування виконувалось, якщо такий факт мав місце, і з якого часу відповідач, ігноруючи рішення органу опіки та піклування, перешкоджає повною мірою спілкуватися з неповнолітньою дитиною. До заяви обов'язково додається рішення органу опіки та піклування.

Суд визначає способи участі одного з батьків у вихованні дитини (періодичні чи систематичні побачення, можливість спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання тощо), місце та час їхнього спілкування з урахуванням віку, стану здоров'я дитини, поведінки батьків, а також інших обставин, що мають істотне значення. Відповідно до чого виносить судові рішення, яке може бути оскаржене будь-якою стороною протягом десяти днів з часу проголошення. Після розгляду даного спору апеляційною інстанцією судові рішення набирає законної сили з моменту проголошення, проте може бути оскаржене в касаційному порядку.

У разі ухилення від виконання рішення суду особою, з якою проживає дитина, суд за заявою того з батьків, хто проживає окремо, може передати дитину для проживання з ним.

Особа, яка ухиляється від виконання рішення суду, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, хто проживає окремо від дитини. Для цього особа, чиї права порушені, має звернутись з позовною заявою про стягнення матеріальної та моральної шкоди до суду і обґрунтувати та довести свої позовні вимоги стосовно розміру заподіяної матеріальної та моральної шкоди внаслідок неправомірних дій особи, з якою проживає неповнолітня дитина.

Так, Лубенський міськрайонний суд Полтавської області під час розгляду цивільної справи за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2, третьої особи — Органу опіки та піклування Виконавчого комітету Лубенської міської ради про усунення перешкод у вихованні дитини та відшкодування моральної шкоди вирішив позовні вимоги ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про усунення перешкод у вихованні дитини та відшкодування моральної шкоди задовольнити частково та стягнути з ОСОБА_2 на користь ОСОБА_1 4000 грн. відшкодування моральної шкоди та 120 грн. судових витрат, усього — 4120 грн.⁵

НАЗВА СУДУ

Позивач: Особа_1,
проживаю за адресою: _____,
тел.: _____

Відповідач: Особа_2,
проживає за адресою: _____,
тел.: _____

Треті особи: Орган опіки та піклування
в особі виконавчого комітету
_____ районної у м. _____ ради,
адреса: _____

**Позовна заява
про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною та її вихованні
та визначення способу участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею**

Я, Особа_1, перебуваю у зареєстрованому шлюбі із Особою_2 з 07.09.2007 р. Від спільного шлюбу ми маємо неповнолітню доньку Особу_3, 24.02.2008 року народження. На теперішній час через повну психологічну несумісність із Особою_2 я проживаю окремо за адресою: _____

⁵ З рішенням Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 26.01.12 р. у справі № 2-1597/11 можна ознайомитися на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень за наступним посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21247263>



разом зі своїми батьками. Донька постійно проживає разом з матір'ю за адресою: _____.

Після того як ми із Особою_2 вирішили розлучитися, відповідачка усілякими способами перешкоджає моєму спілкуванню із дитиною. Проявляється це в тому, що останні 4 місяці я майже кожного дня телефонував до Особи_2 із метою домовитися про час, коли я можу спілкуватися із дитиною, але у відповідь чув лише одне: «Ти більше ніколи не будеш спілкуватися із дитиною». При цьому жодних причин і мотивів відповідач мені не повідомляла. Я декілька разів приходив за адресою проживання Особи_2 та доньки Особи_3 з метою побачитися із дитиною та поспілкуватися із нею, але відповідачка жодного разу не відчинила двері, перебуваючи при цьому вдома. За допомогою матері відповідачки, Особи_4, та хрещеної матері доньки, Особи_5, яка є близькою подругою Особи_2, я декілька разів передавав гроші на утримання дитини, новий одяг та іграшки. Після чого Особа_2 телефонувала і говорила: «Скільки б ти не старався, я зроблю все для того, щоб дитина тебе не знала як батька». На неодноразові прохання надати мені можливість бачитися з дитиною відповідачка відмовляє.

Я військовослужбовець. За місцем роботи характеризуєся позитивно. На обліку в психоневрологічному та наркологічному диспансерах не перебуваю. До кримінальної відповідальності за вчинення злочинів не притягувався. За місцем попереднього проживання, за адресою: _____, де на теперішній час проживає Особа_2 разом із донькою, характеризуєся позитивно і, як зазначають сусіди, за час свого проживання разом із сім'єю проявляє себе як турботливий батько. Жодних шкідливих звичок не маю. Як свідомий громадянин я розумію свій батьківський обов'язок брати участь у вихованні дитини, а як людина, яка має почуття, я маю дуже велике бажання виховувати свою дитину, спілкуватися з нею, віддаючи своє тепло і батьківську любов. Жодних обставин, які б давали підстави вважати, що моє спілкування із дитиною спричинить шкоду доньці Особі_3, не існує. Створення перешкод Особою_2 моєму спілкуванню із донькою порушує не тільки мої права як батька, а в першу чергу порушує права та суперечить інтересам дитини.

На підставі вищезазначеного та керуючись ст. 11, 15 Закону України «Про охорону дитинства», ст. 141, 157, 159 СК України, ст. 3, 118, 119 ЦПК України,

ПРОШУ:

1. Зобов'язати Особу_2 усунути перешкоди у моєму спілкуванні з донькою Особою_3, 24.02.2008 року народження.
2. Визначити такі способи моєї участі у спілкуванні та вихованні дитини: систематичні побачення з донькою у 1-шу та 3-тю суботу місяця та в день народження доньки з 12:00 до 16:00.

Додатки:

- 1) копія свідоцтва про реєстрацію шлюбу — 2 екз.;
- 2) копія свідоцтва про народження дитини — 2 екз.;
- 3) характеристика з місця роботи та її копія;
- 4) характеристика з місця проживання та її копія;
- 5) довідка психоневрологічного диспансеру та її копія;
- 6) довідка наркологічного диспансеру та її копія;
- 7) довідка про відсутність судимостей та її копія;
- 8) копія рішення органу опіки та піклування.

Дата**Підпис**



ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВО-ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ В ПРАКТИЦІ ВАСУ ПРИ РОЗГЛЯДІ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ



Вікторія Ребрина, юрист ГО «ЮрПростір»

У процесі господарської діяльності підприємств та в результаті проведення перевірок податковими органами досить часто виникає ситуація, коли платнику податків донараховуються податкові зобов'язання, виключаються зі складу податкового кредиту суми ПДВ та збільшується оподатковуваний дохід платника і т. ін. У свою чергу, виникає необхідність звернення платника податку до адміністративного суду з приводу оскарження дій та рішень податкового органу.

Тож для того, щоб платнику податків, по-перше, мінімізувати податкові ризики при здійсненні господарських операцій та їх оформленні, а по-друге, бути готовим до судового розгляду такої категорії справ, він має знати та враховувати позиції фіскальної служби, а також правові позиції судів.

На сьогодні підходи адміністративних судів при розгляді спорів про оскарження податкових повідомлень-рішень (податок на прибуток та ПДВ) **можна розділити на дві категорії:**

— **«Документальний» підхід**, при якому факт реальності господарської операції залежить від складу і правильності оформлення первинних бухгалтерських документів, якими ця операція підтверджується. ґрунтується на нормах Податкового кодексу України¹ та Закону України від 16.07.99 р. № 996 «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні»;

— **«Доктринальний» підхід**, який, крім необхідності дотримання документальності, додатково ґрунтується на податково-правових доктринах, зокрема покладає на платника податків обов'язок по доведенню реальності господарських операцій при розгляді податкових спорів в адміністративних судах. Основні податково-правові доктрини: ділової мети, реальності господарської операції, переваги суті над формою, фактичного власника, а також принцип належної обачності.

ПЕРЕДІСТОРІЯ ЗАСТОСУВАННЯ ДОКТРИНАЛЬНОГО ПІДХОДУ СУДАМИ

Застосування судово-правових доктрин судами при розгляді податкових спорів починається ще з 2008 року. Перша широко відома згадка про доктрину належної обачності й обережності датується постановою Судової палати в адміністративних справах Верховного суду України від 12.02.2008 р. у справі ТОВ «Метпромсервіс», де ВСУ, скасовуючи ухвалу ВАСУ, зробив наступні висновки:

«<...> факт порушення контрагентами-постачальниками продавця своїх податкових зобов'язань може бути підставою для висновку про необґрунтованість заявлених платником податку вимог про надання податкової вигоди — відшкодування ПДВ з державного бюджету, якщо податковий орган доведе, що платник податку діяв без належної обачності й обережності і йому мало бути відомо про порушення, які допускали його контрагенти; <...> або що діяльність платника податку, його взаємозалежних або афілійованих осіб спрямована на здійснення операцій, пов'язаних з на-

¹ Далі за текстом — ПК.



данням податкової вигоди, переважно з контрагентами, які не виконують своїх податкових зобов'язань, зокрема у випадках, коли такі операції здійснюються через посередників. Задовольняючи позов, суди виходили лише з наявності у позивача податкових накладних продавців. Вони не взяли до уваги те, що позивач протягом тривалого часу придбавав через посередників сировину, зокрема металобрухт, у осіб, які систематично не сплачували податки, діяльність яких мала ознаки фіктивного підприємництва, які за юридичною адресою не знаходилися, не звітували про свою діяльність або подавали податкові декларації про відсутність такої, зареєстровані власники та посадові особи яких не визнають своєї причетності до їх діяльності, а також що позивач, продавці та їх постачальники працювали в одному сегменті ринку, в якому існують налагоджені стабільні зв'язки й учасники якого обізнані стосовно один одного.»

У зв'язку з великою кількістю подібних справ та за результатами напрацьованих територіальними органами податкової служби матеріалів ще наприкінці 2012 року робоча група ДПС України провела «круглий стіл» з представниками Вищого адміністративного суду України². Метою зустрічі було виділення основних податково-правових доктрин, які склалися у судовій практиці з розгляду податкових спорів та які повинні враховувати органи ДПС під час класифікації схем ухилення від сплати податків.

На початку 2013 року ДПСУ видала лист від 15.02.2013 р. № 3848/7/10-1017/575 «Щодо формування належної та допустимої доказової бази під час відпрацювання ризикових суб'єктів господарювання», який з'явився в інформаційних джерелах лише нещодавно і в якому було роз'яснено алгоритм дій при розгляді відповідних спорів у судах.

Тож на сьогодні при проведенні перевірок органами ДФС України та при розгляді податкових спорів суди широко застосовують так звані судово-правові доктрини.

ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВО-ПРАВОВИХ ДОКТРИН

Доктрина належної обачності й обережності

Доктрина стосується випадків формування платником податку — покупцем товарів (робіт, послуг), податкового кредиту/витрат за операціями з проблем-

ними, з точки зору оподаткування, постачальниками, включаючи контрагентів постачальників за ланцюгом поставки товару.

Запитання, на яке дається відповідь: чи повинен платник податку — покупець нести відповідальність у вигляді позбавлення права на податковий кредит або витрати за податкові зловживання свого постачальника або його контрагентів?

Відповідь: **платник податків — покупець не повинен нести відповідальність тільки у випадку, якщо він проявив належну обачність і обережність і йому не було відомо про зловживання своїх контрагентів.**

У численних розглянутих судових справах ВАСУ висловлює думку, що повинні бути з'ясовані обставини щодо прояву платником розумної обережності при укладенні договору зі спірним постачальником. Адже за звичаями ділового обороту при здійсненні такого вибору суб'єктами господарювання оцінюються не лише умови угоди та їх комерційна привабливість, але й ділова репутація, платоспроможність контрагента, ризики невиконання зобов'язань та надання гарантій їх виконання, наявність у контрагента необхідних ресурсів (виробничих потужностей, технологічного обладнання, кваліфікованого персоналу) та відповідного досвіду.

При цьому свідоцтво про державну реєстрацію та наявність реєстрації постачальника в податкових органах не характеризують підприємство як добросовісного платника, що має ділову репутацію, як конкурентоспроможну особу на ринку, що гарантує виконання своїх зобов'язань через уповноважених представників. А відтак доказами прояву розумної обережності слугують не лише установчі документи та витяги з Єдиного державного реєстру, але й **обґрунтування мотивів вибору контрагента, обставин укладення та виконання договорів, перевірка ділової репутації контрагента, повноважень осіб**, що діють від імені підприємства.

Водночас ВАСУ зазначає, що обов'язок підтвердити правомірність та обґрунтованість сформованого податкового кредиту належними документами первинного обліку покладається на платника — покупця товарів (робіт, послуг). Адже саме він є суб'єктом, який зменшує суму податкового зобов'язання з ПДВ, що підлягає перерахуванню до бюджету, на суму по-

² Далі за текстом — ВАСУ.



даткового кредиту, визначеного постачальником. Відмова в отриманні податкової вигоди за наявності у документах платника недостовірних та суперечливих відомостей є його податковим ризиком (ухвала ВАСУ від 12.02.14 р. у справі № К/800/42298/13 за позовом ТОВ «ТД заводу «Прогрес», ухвала ВАСУ від 12.02.14 р. у справі № К/9991/48350/12 за позовом ПАТ «Дніпровський крохмалопатоковий комбінат», ухвала ВАСУ від 28.01.14 р. у справі № К/9991/11468/11 за позовом ТОВ «Сателіт», ухвала ВАСУ від 12.03.15 р. у справі К/9991/76469/12 за позовом ТОВ «Альфред С. Топфер Інтернешенал (Україна)»).

ВАСУ в ухвалі від 22.01.15 р. по справі № К/800/45527/14 за позовом Виробничо-будівельного колективного підприємства «Рассвет» вказує, що «факт допущення порушень контрагентами платника податків при сплаті своїх податкових зобов'язань сам по собі не є доказом недобросовісності платника податків. Разом з тим ВАСУ акцентує увагу на тому, що за умови доведеності податковим органом, що платник при укладенні правочинів та виконанні господарських операцій діяв без належної обачливості та, виходячи з обставин такого укладення та виконання, знав або повинен був знати про порушення, допущені контрагентами, податкова вигода за такими операціями має бути визнана необґрунтованою.

Так, підприємницька діяльність здійснюється суб'єктом господарювання на власний ризик, а відтак у господарських правовідносинах учасники господарського обороту **повинні проявляти розумну обачливість**, адже наслідки вибору недобросовісного контрагента покладаються на таких учасників. Так, належна податкова обачність, як законна передумова отримання податкової вигоди, з якої випливає, що сумлінним платникам податку необхідно подбати про підготовку доказової бази, яка б підтверджувала

прояв належної обачності при виборі контрагента.

Адже хоча з огляду на принцип індивідуальної відповідальності платника у сфері податкових правовідносин платник не є відповідальним за протиправні дії третіх осіб, що перебувають поза межами його впливу та контролю, однак несприятливі наслідки недостатньої обережності у підприємницькій діяльності мають покладатися на особу, якою були укладені відповідні правочини, та не можуть бути перенесені на бюджет шляхом зменшення податкових зобов'язань та здійснення необґрунтованих виплат з бюджету.»

У наступній судовій справі ВАСУ (постанова ВАСУ від 08.04.15 р. у справі К/9991/64000/12 за позовом «Новтехпром») робить такі висновки:

«Платником не подано доказів про перевірку ділової репутації контрагентів, не наведено фактів про обставини укладення та виконання договорів. Представлені Товариством відомості про підтвердження правового статусу юридичних осіб названих постачальників (свідоцтва про їх державну реєстрацію та реєстрацію у податкових органах) засвідчують лише факт створення цих підприємств, а не їх реальну можливість виконати свої зобов'язання.

Підписуючи договори та одержуючи від названих постачальників податкові накладні та інші первинні документи, позивач знав, що на підставі цих документів ним будуть формуватися дані податкового обліку, а тому повинен був пересвідчитися у тому, що ці документи підписані уповноваженими представниками та містять достовірні відомості.»

Підсумовуючи викладене, в умовах дії доктрини сумлінним платникам податків потрібно подбати про створення доказів, які б підтверджували прояв ними належної обачності й обережності при виборі постачальників. **Найменше, що повинен зробити кожен платник податків, це:**

1	перевірити перед укладенням договорів на закупівлю товарів (робіт, послуг) своїх контрагентів на предмет податкової «добросовісності» за електронними базами даних, доступними на офіційному сайті Державної фіскальної служби України. Маються на увазі «Дані реєстру платників ПДВ», «Анулювання реєстрації платників ПДВ», база «Дійзнайся більше про свого бізнес-партнера», «Дані реєстру платників єдиного податку», «Дані про взяття на облік платників податку». Адреса сайту: http://sfs.gov.ua/
2	перевірити перед укладенням договорів на закупівлю товарів (робіт, послуг) своїх контрагентів щодо відомостей, які містяться у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців (на сайті Міністерства юстиції України — https://usr.minjust.gov.ua/ua/freesearch)
3	здійснити перевірку на сайті ВГСУ (http://vgsu.arbitr.gov.ua/pages/157) наявності/відсутності інформації щодо банкрутства контрагента



4	отримати завірені контрагентом копії статутних та реєстраційних документів, документів про повноваження керівника (підписанта), свідоцтва платника ПДВ. Отримання інших даних та документів підприємств-контрагентів щодо реальності здійснення ними господарської діяльності залежить від можливостей та бажання платника
5	можливим варіантом є затвердження внутрішньої політики (положення), що передбачає порядок перевірки контрагентів на предмет їхньої податкової «надійності» з визначенням кола відповідальних посадових осіб, процедур перевірки, порядку зберігання зібраних за результатами проведення перевірки матеріалів і т. д.

Платнику податків потрібно постаратися зібрати максимум інформації, що підтверджує реальний, а не фіктивний характер діяльності контрагента.

Доктрина «Ділова мета» та доктрина «Угода по кроках. Фактичний власник»

Суть доктрини «Ділова мета» полягає у наявності розумної економічної причини (ділової мети), яка може бути наявна лише за умови, що платник податків має намір одержати економічний ефект у результаті господарської діяльності (п.п. 14.1.231 п. 14.1 ст. 14 ПК).

Суть доктрини «Угода по кроках. Фактичний власник» полягає в тому, що для визначення правових наслідків у суб'єкта господарювання до уваги береться те, що він повинен був вчинити для набуття активу за найбільш вигідних умов.

ВАСУ встановив декілька важливих критеріїв визначення ділової мети господарської операції у наступних справах:

Зокрема, ВАСУ зазначив, що «платник, плануючи господарську діяльність, повинен прагнути до отримання економічного ефекту за рахунок приросту (збереження) активів, а не від мінімізації податкових платежів. Тому мотивація суб'єкта господарювання при вступі у господарські правовідносини повинна ґрунтуватися на тому, що розмір очікуваного доходу від господарської операції повинен бути істотним у порівнянні з розміром очікуваної податкової вигоди.

<...> Судам необхідно було встановити, чи були зазначені операції (за умови досягнення поставлених завдань) спрямовані на одержання прибутку; чи було досягнуто платником заплановану мету господарських операцій та у разі її недосягнення встановити, які фактори перешкодили цьому; чи були у платника об'єктивні економічні підстави, не пов'язані з отриманням податкових переваг, для виконання цих операцій; чи було визначено платником ринкові ризики, супутні цим операціям; чи було фактично виділено

платником кошти на виконання цих операцій; чи були співрозмірними залучені платником кошти та ресурси для виконання цих операцій з отриманим доходом з точки зору господарської розумності, відповідності дій суб'єкта господарювання звичаям ділового обороту.

<...> При визначенні податкових наслідків розглянутих операцій необхідно враховувати, що ділова мета господарської операції є недобросовісною у разі домінування податкової мети (зниження податкового навантаження, одержання податкових пільг та переваг тощо) над комерційною метою» (ухвала ВАСУ від 21.01.15 р. по справі № К/9991/71302/12 за позовом ПАТ «Роганська картонна фабрика»).

ВАСУ в ухвалі від 22.01.15 р. по справі № К/800/45527/14 за позовом Виробничо-будівельного колективного підприємства «Рассвет» також акцентує свою увагу на тому, що «мета отримання доходу як кваліфікуюча ознака господарської діяльності кореспондує з вимогою щодо наявності розумної економічної причини (ділової мети) під час здійснення господарської діяльності. Оскільки господарська діяльність складається із сукупності господарських операцій платника податку (які є формою здійснення господарської діяльності), то розумна економічна причина має бути наявною в кожній господарській операції. Лише в такому разі та чи інша операція може вважатися вчиненою в межах господарської діяльності платника податків і лише за таких умов платник податків має право на врахування у податковому обліку наслідків відповідних господарських операцій. Таким чином, лише господарські операції, здійснені за наявності розумних економічних причин (ділової мети), є такими, що вчинені в межах господарської діяльності.

Розглядувана позиція впливає зі змісту п.п. 14.1.231 п. 14.1 ст. 14 ПК, відповідно до якого **розумна економічна причина** (ділова мета) — причина, яка може



бути наявна лише за умови, що платник податків має намір одержати економічний ефект у результаті господарської діяльності.

З урахуванням наведеного, господарською може бути визнана лише правомірна діяльність платника податку, вчинювана саме з метою одержання доходу, а не з метою заниження податкових зобов'язань. Поряд з цим наявність умов, що свідчать про правомірність такої діяльності, має підтверджуватися належними доказами.»

ВАСУ в ухвалі по справі № К/800/31218/14 від 13.08.14 р. за позовом ПАТ «Черкасиобленерго» зробив висновки щодо **найбільш вигідних умов, яких повинен прагнути платник податку при здійсненні господарських операцій:**

«<...> позивач міг досягнути відповідного результату з отримання у строкове користування електропередавального обладнання за рахунок значно менших витрат, ніж передбачені названим договором оренди. Операція з придбання активу за значно вищою ціною за наявності у платника об'єктивної можливості з придбання такого за меншою ціною є такою, що **позбавлена розумної ділової мети**, здійснена поза межами господарської діяльності платника, а тому не може створювати податкові наслідки <...>».

Необхідним також є доведення наявності ділової мети належними доказами та підтвердження зв'язку господарських операцій з можливістю досягнення позитивного економічного ефекту, що вимагає чіткої і продуманої організації документообороту на підприємстві і належного оформлення відносин з контрагентами.

Так, у справі № К/9991/22879/12 (ухвала ВАСУ від 30.09.14 р. за позовом ЗАТ «Аерокомпанія «Аеросвіт») ВАСУ наголосив, що «<...> зв'язок витрат із господарською діяльністю платника податку є однією з основоположних засад, з якими законодавець пов'язує можливість віднесення витрат на оплату товарів (послуг) до складу валових витрат <...>».

Справа стосувалася правомірності включення до складу витрат плати за послуги з розробки меню, підбору їжі, напоїв та обслуговування під час польоту, проведення тренінгів з обслуговування у польоті, покращення меню по новій концепції харчування на рейсах за угодою про надання консультаційних послуг. Судом було зазначено, що окрім актів виконаних робіт, які не розкривають зміст та обсяг наданих позивачу послуг, «позивачем не було надано інших

доказів на підтвердження фактичної поставки таких послуг та їх використання ним у власній господарській діяльності, як-то: списки працівників, які брали участь у тренінгах, накази, якими вони були відряджені для проходження даних тренінгів, звіти працівників про участь у тренінгах, сертифікати чи відповідні дипломи, документи, які б засвідчували, які саме знання отримали учасники, як і не надано документів щодо розробок меню, підбору їжі та напоїв, зокрема співставлення попереднього меню з тим, що було розроблено згідно з наданими консультаційними послугами, розрахунок вартості кожної із отриманих послуг. За вказаних обставин, суди попередніх інстанцій зробили правильний висновок про відсутність доказів використання отриманих позивачем послуг у власній господарській діяльності.»

Певного позитивного значення для формування стратегії захисту при вирішенні податкових спорів є позиція ВАСУ по справі К/800/60594/13 (ухвала ВАСУ від 30.09.14 р. за позовом ТОВ «Галіївський маслозавод»), де ВАСУ зазначив, що законодавством не визначено обов'язку платника податку здійснювати лише прибуткову господарську діяльність, оскільки характерною ознакою господарської діяльності є її здійснення на власний ризик суб'єкта господарювання, що передбачає неоднозначність наслідків такої діяльності і не виключає її збитковості.

Доктрина «Реальність господарської операції» та доктрина «Перевага суті над формою»

Суть доктрин — наслідки у даних податкового обліку створює лише фактично здійснена господарська операція (рух активів), а не задекларована на папері; до уваги беруться економічні наслідки за результатами здійснення господарських операцій незалежно від їх відповідного оформлення.

Висновки судів за результатами дослідження реальності господарських операцій полягають в наступному:

«<...> Податкові наслідки у вигляді зменшення бази оподаткування податку на додану вартість на суму понесених витрат по сплаті (нарахуванню) ПДВ є правомірними за умови реального виконання господарської операції та наявності первинних документів, що містять достовірні відомості про обсяг та зміст такої операції.

<...> Суди розцінили подані позивачем договори, заявки, податкові накладні, акти здачі-прийняття робіт, виписки з банківського рахунку <...> як свідчення



відповідності сформованого позивачем податкового кредиту в оспорюваній сумі наведеним критеріям. Втім обставини цієї справи <...> вимагають не лише перевірки формальної наявності у платника первинних документів, але й ретельного дослідження фактичного руху активів у процесі виконання розглядуваних операцій» (ухвала ВАСУ по справі № К/9991/31524/12 від 14.01.15 р. за позовом ТОВ «Аутсорсінгова фірма «Сова»).

«<...> Будь-які документи (у тому числі договори, накладні, рахунки тощо) мають силу первинних документів лише в разі фактичного здійснення господарської операції. Якщо ж фактичного здійснення господарської операції не було, відповідні документи не можуть вважатися первинними документами для цілей ведення податкового обліку навіть за наявності всіх формальних реквізитів таких документів, що передбачені чинним законодавством. <...> Визначальним критерієм для підтвердження права платника податку на податковий кредит та/або віднесення відповідних сум до валових витрат є реальність вчиненої господарської операції, тобто встановлення факту зміни руху активів чи зміни стану зобов'язань платника податку внаслідок придбання ним товарів (послуг), що використовуються таким платником у своїй господарській діяльності <...>»

Судом також зроблено наступний важливий висновок: «<...> **Відповідальність за недостовірність даних первинних документів несуть особи, які забезпечують ведення бухгалтерського обліку та складають ці первинні документи. А відтак, кон-**

трагенти суб'єкта господарювання не можуть нести відповідальності за недобросовісне виконання ним своїх обов'язків щодо складання первинних документів <...>.

<...> Формальні недоліки у первинних документах, а також недоліки, зумовлені дефектами правового статусу особи, що їх видала, повинні оцінюватися у сукупності з іншими обставинами справи. Перевагу варто надавати реальності здійснення господарської операції та її економічному змісту, а не оформленню такої операції. У свою чергу, реальність господарської операції визначається фактом руху активів та зміною стану зобов'язань суб'єкта господарювання, а не повноваженнями осіб із складання первинних документів, що засвідчують здійснення господарської операції <...> основне правове значення для виникнення змін у податковому обліку має кваліфікація учасників господарської операції саме з урахуванням норм податкового законодавства, оскільки недотримання цивільно-правових норм не є самостійною підставою для невизнання реальною господарської операції <...>» (ухвала ВАСУ по справі № К/800/24154/14 від 07.04.15 р. за позовом ТОВ «Інтербудтехсервіс»).

Як висновок наведу зазначене ВАСУ в ухвалі по справі № К/800/15312/13 від 20.01.15 р. за позовом ТОВ «Кийтранс»:

Для встановлення правильності відображення у податковому обліку господарських операцій платника податку судам слід:

1	з'ясувати реальність задекларованих господарських операцій
2	встановити наявність ділової мети у розглядуваних операціях
3	визначити об'єктивний зміст вчинених операцій у порівнянні із задекларованим
4	підтвердити або спростувати добросовісність позивача, у зв'язку з тим, що його контрагенти мають дефекти правового статусу
5	оцінити дотримання учасниками господарської операції норм податкового законодавства щодо змісту та наслідків для податкового обліку відповідної операції

При цьому ВАСУ звертає увагу на те, що порушення вимог податкового законодавства на будь-якому з наведених етапів є достатнім для висновку про не-

відповідність фактичних і задекларованих платником податку наслідків господарських операцій для податкового обліку.



ВИЗНАННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ЗЕМЛІ НЕДІЙСНИМ: СУДОВА ПЕРСПЕКТИВА



Ірина Подкопаєва, адвокат

Справи про визнання договорів оренди землі недійсними є доволі частими в сільсько-господарських регіонах. Пожвавлення в цій галузі спостерігається із наближенням дати закінчення терміну дії мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України від 06.10.98 р. № 161 «Про оренду землі»¹ орендар, який відповідно до закону може мати у власності орендовану земельну ділянку, має переважне право на придбання її у власність у разі продажу цієї земельної ділянки. Саме через це орендарі до останнього моменту не бажають врегулювати спірні питання із орендодавцями в досудовому порядку.



ДОВІДКА

На підставі п. 15 Перехідних положень Земельного кодексу України в Україні діє так званий мораторій на відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення, що полягає в забороні:

1) купівлі-продажу земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної та комунальної власності, крім вилучення (викупу) їх для суспільних потреб;

2) купівлі-продажу або іншим способом відчуження земельних ділянок і зміни цільового призначення (використання) земельних ділянок, які перебувають у власності громадян та юридичних осіб для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, земельних ділянок, виділених в натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв) для ведення особистого селянського господарства, а також земельних часток (паїв), крім передачі їх у спадщину, обміну земельної ділянки на іншу земельну ділянку відповідно до закону та вилучення (викупу) земельних ділянок для суспільних потреб, а також крім зміни цільового призначення (використання) земельних ділянок з метою їх надання інвесторам — учасникам угод про розподіл продукції для здійснення діяльності за такими угодами.

Купівля-продаж або відчуження іншим способом земельних ділянок та земельних часток (паїв) запроваджується за умови набрання чинності законом про обіг земель сільськогосподарського призначення, але не раніше 1 січня 2016 року.

Проект Закону України «Про обіг земель сільськогосподарського призначення» був розміщений на сайті Державного агентства земельних ресурсів України з метою його громадського обговорення ще у квітні 2013 року. Але і дотепер процес роботи над цим проектом майже не зрушив з місця. Попри це у квітні 2015 року в новинах провідних телеканалів з'явилась заява представника Адміністрації Президента України, яка дає підстави вважати, що можливість зняття мораторію на продаж земель з 1 січня 2016 року існує і вона носить цілком реальний характер.

¹ Далі за текстом — Закон про оренду землі, Закон № 161.



До кінця 2013 року судова практика в питаннях визнання договорів оренди землі недійсними особливо не відрізнялась єдністю підходів як у цілому, так і в розрізі окремого регіону (суду).

Проте в грудні 2013 року Судовою палатою у цивільних справах Верховного Суду України² були висловлені чіткі правові висновки, що поклали початок нової віхи у сфері захисту прав орендодавців.

Відповідно до ч. 2 ст. 792 Цивільного кодексу України³ відносини щодо найму (оренди) земельної ділянки регулюються законом.

Відповідно до ст. 1, 13 Закону про оренду землі — це засноване на договорі строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для проведення підприємницької та інших видів діяльності. Договір оренди землі — це договір, за яким орендодавець зобов'язаний за плату передати орендареві земельну ділянку у володіння і користування на певний строк, а орендар зобов'язаний використовувати земельну ділянку відповідно до умов договору та вимог земельного законодавства.

Загальні правила та підстави визнання правочину (договору) недійсним визначені § 2 глави 16 розділу IV ЦК.

Так, 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, 6 ст. 203 ЦК.

Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, установлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (ч. 3 ст. 215 ЦК).

Для справ зазначеної категорії дуже важливо правильно визначити саме момент вчинення правочину, оскільки саме від цього залежить успіх ведення справи та її позитивний результат. Правильне визначення моменту вчинення правочину (укладення договору) впливає на два основні моменти:

1. Обрання способу захисту порушеного права.

Відповідно до ч. 1 ст. 202, ч. 3 ст. 203 ЦК правочин спрямований на набуття, зміну та припинення

цивільних прав та обов'язків, на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним.

Згідно з ч. 1 ст. 15 ЦК кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Способи захисту цивільних прав та інтересів визначені у ч. 2 ст. 16 ЦК, у тому числі визнання правочину недійсним (п. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК).

Правочин, який не вчинено, не може бути визнаний недійсним. Вимога про визнання правочину (договору) неукладеним не відповідає можливим способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених законом (п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» № 9 від 06.11.09 р.⁴).

Отже, вимога про визнання правочину (договору) недійсним може висуватись виключно щодо укладеного договору.

2. Визначення нормативно-правового акта, що підлягає застосуванню до спірних правовідносин.

Відповідно до загальних засад цивільного законодавства закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності (ч. 1 ст. 58 Конституції України, ст. 5 ЦК).

Таким чином, до спірних правовідносин має застосовуватись нормативно-правовий акт, чинний **на момент укладення договору** оренди землі. Відповідність чи невідповідність правочину вимогам законодавства має оцінюватися судом відповідно до законодавства, яке діяло на момент вчинення правочину (п. 2 постанови Пленуму ВСУ № 9).

Законодавство у сфері регулювання орендних відносин дуже часто змінювалось, у тому числі в частині визначення моменту укладення договору оренди землі. Нижче наведені основні позиції, які мають важливе значення для регулювання цих правовідносин:

² Далі за текстом — Судова палата у цивільних справах ВСУ.

³ Далі за текстом — ЦК.

⁴ Далі за текстом — постанова Пленуму ВСУ № 9.



№ з/п	Відповідно до законодавства станом до 01.01.13 р.	Відповідно до законодавства станом з 01.01.13 р.
1	Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору	
2	Відповідно до ч. 1 ст. 639 ЦК договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом	
3	Відповідно до ч. 1 ст. 210 ЦК правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, установлених законом . Такий правочин є вчиненим з моменту його державної реєстрації	
4	Відповідно до ч. 3 ст. 640 ЦК договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації — з моменту державної реєстрації	Відповідно до ч. 3 ст. 640 ЦК договір, що підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення
5	Відповідно до ст. 14 Закону про оренду землі договір оренди землі укладається у письмовій формі і за бажаннями однієї із сторін може бути посвідчений нотаріально	
6	Відповідно до ч. 1 ст. 18 Закону про оренду землі договір оренди землі набирає чинності після його державної реєстрації	Стаття 18 Закону про оренду землі виключена
7	Відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону про оренду землі укладений договір оренди землі підлягає державній реєстрації	Стаття 20 Закону про оренду землі виключена
8	Відповідно до ч. 2 ст. 20 Закону про оренду землі право оренди земельної ділянки виникає з дня державної реєстрації цього права відповідно до закону, що регулює державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень	Відповідно до ч. 5 ст. 6 Закону про оренду землі, п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» право оренди земельної ділянки підлягає державній реєстрації відповідно до закону
Висновки	До 01.01.13 р. чинне законодавство передбачало необхідність державної реєстрації укладених договорів оренди землі і саме з такою державною реєстрацією пов'язувало набрання договором чинності та виникнення права оренди. Отже, до 01.01.13 р. моментом укладення договору оренди землі був саме день його державної реєстрації	Починаючи з 01.01.13 р., з набранням чинності новою редакцією Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.24 р. № 1952, державній реєстрації підлягає вже не договір, а речове право на земельну ділянку (у нашому випадку — право оренди на земельну ділянку). Отже, договір оренди землі є укладеним з моменту досягнення сторонами договору згоди в належній формі з усіх істотних умов договору, а не на момент його державної реєстрації. На цьому акцентується увага і в правових висновках, викладених у постанові Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 25.12.13 р. у цивільній справі № 6-118цс13 та постанові від 19.02.14 р. у цивільній справі № 6-162цс13



За змістом ст. 215 ЦК правочин може бути визнаний недійсним лише з підстав, визначених законом.

Як уже зазначалось вище, загальні підстави визнання правочину (договору) недійсним визначені ч. 1 ст. 215 ЦК, а саме недодержання вимог, установлених ч. 1 — 3, 5, 6 ст. 203 ЦК.

Крім того, до 05.04.15 р. підстави недійсності саме договору оренди землі (спеціальні підстави) були визначені і у ст. 15 Закону про оренду землі⁵.

Відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону про оренду землі (у редакції Закону, що діяла до 05.04.15 р.) відсутність у договорі оренди землі однієї з істотних умов, передбачених ст. 15, а також порушення вимог ст. 4 — 6,

11, 17, 19 Закону є підставою для визнання договору недійсним відповідно до закону.

Таким чином, виходячи з правила про застосування до спірних правовідносин законодавства, що діяло на момент їх виникнення, до договорів оренди землі, укладених до 05.04.15 р., можна застосовувати як підставу визнання їх недійсними ст. 15 Закону про оренду землі (у редакції Закону, що діяла до 05.04.15 р.).

Отже, **спеціальними підставами недійсності договору оренди землі** відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону про оренду землі (у редакції, що діяла до 05.04.15 р.) є:

1	відсутність у договорі оренди істотних умов, визначених ст. 15 Закону
2	порушення вимог ст. 4 — 6 Закону № 161 щодо сторін договору
3	порушення вимог ст. 11 Закону № 161 щодо ризику випадкового знищення або пошкодження об'єкта оренди
4	порушення вимог ст. 17 Закону № 161 щодо моменту передачі об'єкта оренди
5	порушення вимог ст. 19 Закону № 161 щодо визначення строку дії договору оренди землі

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або **є необхідними для договорів цього виду**, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Істотні умови договору оренди землі наведені у ст. 15 Закону № 161, редакція якої, напевно, найбільш часто зазнавала змін.

Судова практика в цій категорії справ була вкрай неоднорідна. Так, одні суди визнавали договори оренди землі недійсними з підстави відсутності істотної умови договору, інші відмовляли у задоволенні позовів з таких підстав.

Аж поки 18.07.12 р. Судова палата у цивільних справах ВСУ у постанові по цивільній справі № 6-77цс12 не висловила свою правову позицію з цього питання: *«Відсутність у договорах оренди землі хоча б однієї з істотних умов, передбачених у ч. 1 ст. 15 Закону України «Про оренду землі», є підставою для визнання*

недійсними таких договорів оренди відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону України «Про оренду землі».

Проте вже 25.12.13 р. та ж Судова палата у цивільних справах ВСУ в постановах у справі № 6-94цс13 та у справі № 6-78цс13 висловила іншу правову позицію, яка діє і до сьогодні.

Відповідно до ст. 15 ЦК та ст. 3 ЦПК у порядку цивільного судочинства підлягає захисту саме порушене право, посилання позивача на формальне порушення закону не є правовою підставою для визнання договору оренди землі недійсним. Суд повинен встановити, чи дійсно порушуються права орендодавців у зв'язку з відсутністю в договорах оренди умов, передбачених ст. 15 Закону про оренду землі, визначити істотність цих умов, а також з'ясувати, у чому саме полягає порушення їхніх законних прав.

Ще раз хочу наголосити, що з 05.04.15 р. ч. 2 ст. 15 Закону про оренду землі щодо закріплення додаткових підстав визнання договору оренди землі недійсним виключена, а перелік істотних умов договору значно звужений. Їх ми і порівняємо для наглядності у формі таблиці.

⁵ Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляції)» від 12.02.15 р. № 191, який набрав чинності 05.04.15 р., ч. 2 ст. 15 Закону України «Про оренду землі» була виключена.



ІСТОТНІ УМОВИ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ЗЕМЛІ		
№ з/п	Стаття 15 Закону № 161 (у редакції, що діяла до 05.04.15 р.)	Стаття 15 Закону № 161 (у редакції, що діє з 05.04.15 р.)
1	об'єкт оренди (кадастровий номер, місце розташування та розмір земельної ділянки)	об'єкт оренди (кадастровий номер, місце розташування та розмір земельної ділянки)
2	строк дії договору оренди	строк дії договору оренди
3	орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, форм платежу, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальність за її несплату	орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, способу та умов розрахунків, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальність за її несплату
4	умови використання та цільове призначення земельної ділянки, яка передається в оренду	—
5	умови збереження стану об'єкта оренди	—
6	умови і строки передачі земельної ділянки орендарю	—
7	умови повернення земельної ділянки орендодавцеві	—
8	існуючі обмеження (обтяження) щодо використання земельної ділянки	—
9	визначення сторони, яка несе ризик випадкового пошкодження або знищення об'єкта оренди чи його частини	—
10	відповідальність сторін	—
11	умови передачі у заставу та внесення до статутного фонду права оренди земельної ділянки	—
НЕВІД'ЄМНІ ЧАСТИНИ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ЗЕМЛІ		
12	план або схема земельної ділянки, яка передається в оренду	—
13	кадастровий план земельної ділянки з відображенням обмежень (обтяжень) у її використанні та встановлених земельних сервітутів	—
14	акт визначення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості)	—
15	акт приймання-передачі об'єкта оренди	—
16	проект відведення земельної ділянки у разі його розроблення згідно із законом	—

Таким чином, до договорів оренди землі, укладених з 05.04.15 р., можуть бути застосовані лише загальні підстави недійсності правочину, закріплені у ст. 203

ЦК, які знаходять свою конкретизацію у Законі про оренду землі.



№	ЦК (загальні підстави)	Закон України «Про оренду землі»
1	Зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам (ч. 1 ст. 203): — зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства (істотні умови договору) (ч. 1 ст. 628)	Істотними умовами договору оренди землі є: — об'єкт оренди (кадастровий номер, місце розташування та розмір земельної ділянки); — строк дії договору оренди; — орендна плата із зазначенням її розміру, індексації, способу та умов розрахунків, строків, порядку її внесення і перегляду та відповідальність за її несплату
2	Особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності (ч. 2 ст. 203)	Орендодавцями земельних ділянок є громадяни та юридичні особи, у власності яких перебувають земельні ділянки, або уповноважені ними особи (ч. 1 ст. 4). Орендарями земельних ділянок є юридичні або фізичні особи, яким на підставі договору оренди належить право володіння і користування земельною ділянкою (ч. 1 ст. 5)
3	Волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі (ч. 3 ст. 203)	Укладення договору оренди земельної ділянки із земель приватної власності здійснюється за згодою орендодавця та особи, яка згідно із законом вправі набувати право оренди на таку земельну ділянку (ч. 1 ст. 16)
4	Правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним (ч. 5 ст. 203)	—
5	Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч. 6 ст. 203)	—

Найбільш цікавим є визначення наявності/відсутності вільного волевиявлення сторони правочину на його укладення.

Відповідно до ч. 3 ст. 203 ЦК волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі.

Згідно з ч. 1 ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони **в належній формі** досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Частиною 1 ст. 639 ЦК визначено, що договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

Статтю 14 Закону про оренду землі передбачено, що договір оренди землі укладається у письмовій формі і за бажанням однієї із сторін може бути посвід-

чений нотаріально.

Відповідно ж до ч. 1, 2 ст. 207 ЦК правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він **підписаний його стороною** (сторонами).

До 2013 року в судових рішеннях спостерігалась позиція, за якої суди не брали до уваги висновки судової почеркознавчої експертизи про непідписання договору оренди землі власником земельної ділянки, а договір визнавали дійсним з тих міркувань, що власником земельної ділянки отримувалась орендна плата за її використання орендарем⁶.

⁶ Отримання орендодавцем орендної плати за використання земельної ділянки є найбільш поширеним запереченням орендарів у справах про визнання договорів оренди землі недійсними і свідчить, на їх думку, про визнання орендодавцем існування договору оренди землі, а також повне прийняття його умов, зокрема щодо строку його дії.



Принципове значення в цьому питанні відіграють правові висновки, викладені у постановвах Судової палати у цивільних справах ВСУ.

Так, при вирішенні судом спору про визнання договору недійсним з підстав відсутності у сторони волі на його укладення правове значення має наявність такої волі на момент досягнення сторонами договору згоди в належній формі з усіх істотних умов договору. Вільне волевиявлення учасника правочину, передбачене статтею 203 ЦК, є важливим чинником, без якого неможливо укладення договору оренди земельної ділянки. Своє волевиявлення на укладення договору учасник правочину здійснює в момент досягнення згоди з усіх істотних умов, складання та **скріплення підписом письмового документа** (постанова від 18.12.13 р. у справі № 6-127цс13, постанова від 25.12.13 р. у справі № 6-118цс13).

Отримання орендодавцем орендної плати за використання земельної ділянки, за умови, що договір оренди землі не підписувався орендодавцем, говорить лише про досягнення згоди між сторонами про тимчасове користування земельною ділянкою позивача (постанова від 22.04.15 р. у справі № 6-48цс15). Такий правовий висновок ґрунтується на вимогах чинного законодавства України щодо визначення моменту виникнення права оренди⁷.

Вищезазначені правові позиції ВСУ знайшли своє практичне закріплення під час здійснення мною представництва інтересів Клієнта у цивільній справі № 188/332/14-ц про визнання договору оренди землі недійсним та повернення об'єкта оренди.

Так, у суді першої інстанції висновком судової почеркознавчої експертизи було встановлено, що в договорі оренди земельної ділянки та акті прийому-

передачі земельної ділянки підписи від імені Позивача виконані не Позивачем, а іншою особою. За таких обставин суд дійшов висновку, що на момент укладення договору оренди землі було відсутнє волевиявлення Позивача на надання належної йому земельної ділянки в оренду на умовах договору оренди, що оскаржувався. Рішенням Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 22.09.14 р. договір оренди землі визнано недійсним⁸.

За апеляційною скаргою Відповідача Апеляційний суд Дніпропетровської області рішенням від 01.12.14 р. скасував рішення суду першої інстанції, зазначивши, що в суді Позивачем не було доведено істотність порушення його прав на земельну ділянку як власника останньої, а **відсутність підпису Позивача** у договорі та акті прийому-передачі земельної ділянки **не свідчить** про порушення прав Позивача як власника земельної ділянки вільно користуватися та розпоряджатися нею, а його волевиявлення було вільним та таким, що відповідало внутрішній волі⁹.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18.03.15 р. рішення Апеляційного суду Дніпропетровської області від 01.12.14 р. було скасовано, справа передана на новий розгляд до суду апеляційної інстанції із зазначенням, що підпис особи є обов'язковим реквізитом правочину, вчиненого у письмовій формі. Наявність підписів підтверджує наміри учасників правочину, забезпечує їх ідентифікацію та цілісність документа, в якому втілюється правочин.

Ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області від 04.06.15 р. рішення Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 22.09.14 р. у цій справі залишено без змін, а саме договір оренди землі визнано недійсним.

⁷ Так, до 01.01.13 р. виникнення права оренди залежало від факту державної реєстрації договору оренди землі. Починаючи з 01.01.13 р. право оренди виникає з моменту державної реєстрації такого речового права.

⁸ Із судовим рішенням можна ознайомитися на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень за наступним посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40615384>

⁹ Із судовим рішенням можна ознайомитися на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень за наступним посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41643640>



ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ВСУ У СПРАВІ ПРО ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 27.05.15 р. ухвалив низку постанов, предметом яких був спір про звернення стягнення на предмет іпотеки.

У справі № 6-332цс15 ВСУ 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 в Державному реєстрі іпотек, 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 Цивільного кодексу України¹, 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 (а у випадку, що переглядається, у зв'язку зі скасуванням судового рішення) всі права, набуті сторонами правочину за цим договором, повинні безперешкодно здійснюватися, а створені обов'язки підлягають виконанню.

Установивши у справі, яка переглядається, факт переходу до відповідача права власності на нерухоме майно під час виключення з Державного реєстру іпотек запису про обтяження права власності на підставі незаконного судового рішення, суд дійшов обґрунтованого висновку про застосування до спірних правовідносин ст. 23 Закону України «Про іпотеку», поширення її дії на відповідача та збереження обтяження цього майна іпотекою за іпотечним договором.

При цьому суд урахував, що дії попереднього іпотекодавця з відчуження спірної квартири під час зняття за судовим рішенням обтяження та право власності нового набувача кредитором не оспоруються, а порушують-

ся питання про застосування механізму реалізації його переважного права на іпотечне майно, передбаченого нормами ст. 23, 33, 39 Закону України «Про іпотеку».

Дійшовши правильного висновку про поширення на спірні правовідносини норми ст. 23 Закону України «Про іпотеку», суд разом з тим застосував її з порушенням норм ч. 3 та 4 ст. 5 цього Закону, у зв'язку із чим ухвалене судове рішення підлягає скасуванню.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна 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%29/6FA0F92773517196C2257E59001DA7EE>

У справі № 6-57цс15 Суд висловив таку правову позицію. Згідно з п. 1 Закону України від 03.06.14 р. № 1304-VII «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті»² 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).

¹ Далі за текстом — ЦК.

² Далі за текстом — Закон № 1304-VII.



Відтак установлений Законом № 1304-VII мораторій на стягнення майна, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті, не передбачає втрату кредитором права на звернення стягнення на предмет іпотеки (застави) у випадку невиконання боржником зобов'язань за договором, а лише тимчасово забороняє примусово стягувати (відчужувати без згоди власника).

Крім того, згідно з п. 4 Закону № 1304-VII протягом дії цього Закону інші закони України з питань майнового забезпечення кредитів діють з урахуванням його норм.

Оскільки вказаний Закон не зупиняє дію решти нормативно-правових актів, що регулюють забезпечення зобов'язань, то й не може бути мотивом для відмови в позові, а є правовою підставою, що унеможливорює 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 його положень на період чинності цього Закону.

Рішення ж суду в частині звернення стягнення на предмет іпотеки на час дії Закону № 1304-VII не підлягає виконанню.

Разом з тим суд касаційної інстанції, погоджуючись із висновками судів першої та апеляційної інстанцій, у справі, яка переглядалася, не врахував, що Закон № 1304-VII не є підставою для відмови в захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів кредиторів.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у справі № 6-57цс15 можна 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/F4180DDE9D23C883C2257E5A001EA982>.

У справі № 6-58цс15 Суд висловив таку правову позицію.

Суд відзначив, що з огляду на ст. 3 Закону № 1304-VII мораторій носить тимчасовий характер і втрачає чинність з дня набрання чинності законом, який врегулює питання особливостей погашення основної суми заборгованості, вираженої в іноземній валюті, порядок погашення (урахування) курсової різниці, що виникає у бухгалтерському та/або податковому обліку кредиторів та позичальників, а також порядок списання пені та штрафів, які нараховуються (були нараховані) на таку

основну суму заборгованості.

За своїм змістом Закон України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» встановлює порядок вирішення спорів щодо примусового звернення стягнення на предмети застави та іпотеки, а саме: визначає, що за певних умов та протягом певного проміжку часу таке стягнення не проводиться.

Оскільки Законом не призупиняється дія будь-яких нормативних актів у сфері регулювання кредитних правовідносин, зокрема тих, що визначають правові підстави для звернення в судовому порядку стягнення на відповідні предмети забезпечення, його чинність на час вирішення спору сама по собі не може бути підставою для відмови в захисті порушеного права.

Також по цій справі одним з суддів ВСУ було висловлено окрему думку.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у справі № 6-57цс15 та окремою думкою судді ВСУ можна 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%29/6FA0F92773517196C2257E59001DA7EE>

У справі № 6-61цс15 Суд висловив таку правову позицію.

Положеннями ч. 1 ст. 39 Закону «Про іпотеку» передбачено, що в разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет іпотеки у рішенні суду зазначаються: загальний розмір вимог та всі його складові, що підлягають сплаті іпотекодержателю з вартості предмета іпотеки; опис нерухомого майна, за рахунок якого підлягають задоволенню вимоги іпотекодержателя; заходи щодо забезпечення збереження предмета іпотеки або передачі його в управління на період до його реалізації, якщо такі необхідні; спосіб реалізації предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу, встановленої ст. 38 цього Закону; пріоритет та розмір вимог інших кредиторів, які підлягають задоволенню з вартості предмета іпотеки; початкова ціна предмета іпотеки для його подальшої реалізації.

Виходячи зі змісту поняття «ціна» як форми грошового вираження вартості товару, послуг тощо, аналізу норм ст. 38, 39 Закону «Про іпотеку» судові палати у цивільних та господарських справах Верховного Суду України дійшли правового висновку, що у розумінні норми ст. 39 Закону «Про іпотеку» встановлення почат-



кової ціни предмета іпотеки у грошовому вираженні визначається за процедурою, передбаченою ч. 6 ст. 38 цього Закону.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у справі № 6-61цс15 можна ознайомитися на офіцій-

ному 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%29/01DE36041ABD27A0C2257E5F001D3B7C>

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ У СПРАВІ ПРО ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ РІШЕННЯ ТА ДЕРЖАВНОГО АКТА НА ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 20.05.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-216цс15, предметом якої був спір про визнання недійсними рішення та державного акта на право власності на земельну ділянку та визнання права власності на земельну ділянку.

Суд висловив таку правову позицію по даній справі. Так, ст. 173 Земельного кодексу України³ визначено, що межа району, села, селища, міста, району у місті — це умовна замкнена лінія на поверхні землі, що відокремлює територію району, села, селища, міста, району у місті від інших територій.

Відповідно до пункту «б» ч. 1 ст. 12 ЗК до повноважень сільських, селищних, міських рад у галузі земельних відносин на території сіл, селищ, міст належить передача земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб відповідно до цього Кодексу.

Згідно із ч. 1 і 2 ст. 116 ЗК громадяни та юридичні особи набувають права власності та права користування земельними ділянками із земель державної або комунальної власності за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування в межах їх повноважень, визначених цим Кодексом, або за результатами аукціону. Набуття права на землю громадянами та юридичними особами здійснюється шляхом передачі земельних ділянок у власність або надання їх у користування.

Як передбачено ч. 1 ст. 122 ЗК, сільські, селищні, міські ради передають земельні ділянки у власність або користування із земель комунальної власності відповідних територіальних громад для всіх потреб.

Відповідно до ч. 1 ст. 125, ч. 1 ст. 126 ЗК (у редакції, яка була чинною на час прийняття селищною радою рішення) право власності відповідної особи на земельну ділянку виникло з моменту отримання нею державного акта та його державної реєстрації.

Таким чином, оскільки зазначені норми встановлювали нерозривний зв'язок між виникненням права власності на земельну ділянку з обов'язковим одержанням її власником державного акта на право власності, суд апеляційної інстанції, з висновками якого погодився суд касаційної інстанції, дійшов помилкового висновку про наявність правових підстав для скасування заочного рішення Ірпінського міського суду Київської області від 31.07.13 р. в частині визнання недійсним державного акта на право власності на земельну ділянку.

Висновок суду апеляційної інстанції, з яким погодився й суд касаційної інстанції, про те, що особа набула право власності на спірну земельну ділянку на підставі договору купівлі-продажу, який судом не визнаний недійсним, тому відсутні підстави для визнання недійсним державного акта на право власності на земельну ділянку, виданого попередньому власнику, з відміткою про перехід права власності до нового власника та скасування його державної реєстрації з підстав, зазначених прокурором, є необґрунтованим, оскільки відповідно до ст. 125 ЗК (у редакції, яка була чинною на час укладення договору купівлі-продажу) право власності на земельну ділянку виникає після одержання її власником документа, що посвідчує право власності на земельну ділянку та його державної реєстрації.

Вчинення на державному акті (визнаному судом недійсним) відмітки про відчуження земельної ділянки на підставі договору купівлі-продажу не змінює суті такого державного акта як недійсного.

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%29/4FBBADFC8C28E8C7C2257E650025FD41>

³ Далі за текстом — ЗК.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ У СПРАВІ ПРО ВИЗНАННЯ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ НЕДІЙСНИМ ТА ПОНОВЛЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА КВАРТИРУ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 03.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-232цс15, предметом якої був спір про визнання договору дарування недійсним та поновлення права власності на квартиру.

Суд висловив таку правову позицію по даній справі.

У справі, яка переглядається, суди встановили, що спірна квартира належала на праві власності ОСОБА_1 та його дружині ОСОБА_4. Указану квартиру за нотаріально посвідченим договором від 22.08.11 р. ОСОБА_1 подарував ОСОБА_2.

Позивач є людиною похилого віку, страждає тяжкими хронічними захворюваннями та за 12 днів до укладання спірного договору перебував на стаціонарному лікуванні. Так само хворою людиною є його дружина ОСОБА_4, яка протягом 2011 року неодноразово перебувала на стаціонарному лікуванні.

Вони з дружиною проживають одні, оскільки діти позивача від попереднього шлюбу перебувають за межами України. Відповідач, лікар за фахом, є його далекою родичкою, допомагала позивачу та його дружині у їх лікуванні. Суд апеляційної інстанції також установив, що договір ОСОБА_1 уклав у зв'язку з тяжкими захворюваннями його і дружини та з метою догляду за ними.

Ухвалюючи рішення про задоволення позовних вимог, суди виходили з того, що укладення позивачем договору дарування сталося під впливом тяжких для нього обставин і на вкрай невігідних для нього та дружини умовах. Його волевиявлення не відповідає внутрішній волі та не було спрямоване на реальне настання правових наслідків, обумовлених договором дарування про безоплатне передання квартири у власність, а тому відповідно до ст. 233 ЦК договір підлягає визнанню недійсним.

Разом з тим у наведених судових рішеннях Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.10.13 р. та 11.09.13 р. суд касаційної інстанції виходив з того, що з урахуванням природи договору дарування такі договори належать до безоплатних правочинів, за їх умовами обдаровувані не мають перед дарувальником будь-яких зобов'язань матеріального характеру, тому вони не можуть бути визнані недійсними на підставі ст. 233 ЦК.

Такі ж висновки зроблено і в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13.03.13 р.

Отже, існує неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, а саме ст. 203 та 233 ЦК, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах.

Вирішуючи питання про усунення розбіжностей у застосуванні судом касаційної інстанції вказаних норм матеріального права, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України виходить з такого.

Відповідно до ч. 3 ст. 203 ЦК волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі.

За змістом ч. 1 ст. 233 ЦК правочин, який вчинено особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай невігідних умовах, може бути визнаний судом недійсним незалежно від того, хто був ініціатором такого правочину.

Відповідно до ст. 717 ЦК за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність.

За змістом зазначених норм матеріального права при укладенні договору дарування волевиявлення дарувальника має бути спрямоване на добровільне, безоплатне, без будь-яких примусів (життєвих обставин або впливу сторонніх осіб) відчуження належного йому майна на користь обдаровуваного.

Разом з тим правочини, що вчиняються особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай невігідних умовах, характеризуються тим, що особа їх вчиняє добровільно, усвідомлює свої дії, але вимушена це зробити через тяжкі обставини і на вкрай невігідних умовах, а тому волевиявлення особи не є вільним і не відповідає його внутрішній волі.

Статтю 233 ЦК не передбачено обмежень чи заборон її застосування до окремих правовідносин чи, зокрема, договору дарування.

Отже, суд касаційної інстанції у справі, що переглядається, залишаючи без змін рішення суду першої ін-



станції, обґрунтовано керувався тим, що оспорюваний договір було укладено під впливом тяжкої обставини і на край не вигідних для позивача умовах, а тому під час укладення цього договору волевиявлення ОСО-БА_1 не відповідало його внутрішній волі та не було спрямоване на реальне настання правових наслідків, обумовлених договором дарування.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна 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%29/29ADAE2E9F8D4C9C2257E66002164AC>

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ У СПРАВІ ПРО РОЗІРВАННЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ ТА СТЯГНЕННЯ ЗАБОРГОВАНОСТІ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 03.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-206цс15, предметом якої був спір про розірвання кредитного договору та стягнення заборгованості за заявою кредитної спілки.

Суд висловив таку правову позицію по даній справі.

Згідно зі ст. 610 ЦК порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання).

Відповідно до ч. 1 ст. 543 ЦК в разі солідарного зобов'язання боржників (солідарних боржників) кредитор має право вимагати виконання зобов'язання частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо.

За положеннями ст. 553, 554 ЦК за договором поручки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого зобов'язання. У разі порушення такого зобов'язання боржник і поручитель відповідають як солідарні боржники, якщо договором поручки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя.

За положеннями ст. 523 ЦК порука або застава, встановлена іншою особою, припиняється після заміни боржника, якщо поручитель або заставодавець не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником.

Згідно із ч. 3 ст. 559 ЦК порука припиняється в разі переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника.

Відповідно до ст. 1216, 1218 ЦК спадкуванням є перехід прав та зобов'язань (спадщини) від фізичної особи,

яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). До складу спадщини входять усі права та зобов'язання, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті.

За змістом зазначених норм у разі смерті фізичної особи, боржника за зобов'язанням у правовідносинах, що допускають правонаступництво в порядку спадкування, зобов'язання померлої особи (боржника) за загальним правилом переходять до іншої особи — її спадкоємця, тобто відбувається передбачена законом заміна боржника в зобов'язанні.

Аналіз наведених норм дає підстави для висновку про те, що в разі смерті боржника за кредитним договором за наявності спадкоємців відбувається заміна боржника в зобов'язанні, який несе відповідальність у межах вартості майна, одержаного у спадщину.

На поручителів може бути покладено зобов'язання щодо належного виконання зобов'язання за кредитним договором у випадку смерті позичальника лише за наявності в позичальника правонаступника, який прийняв спадщину, та згоди поручителя відповідати за нового боржника, зафіксованої в тому числі й у договорі поруки як згоди відповідати за виконання зобов'язання перед будь-яким боржником у разі переведення боргу за забезпечувальним зобов'язанням.

З повним текстом постанови Верховного Суду України у цій справі можна 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%29/5894074227A7B6DBC2257E5F001D3C7D>



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ У СПРАВІ ПРО ПЕРЕГЛЯД СУДОВОГО РІШЕННЯ З ПІДСТАВ НЕОДНАКОВОГО ЗАСТОСУВАННЯ СУДОМ КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ НОРМИ Ч. 2 СТ. 121 КК ЩОДО ПОДІБНИХ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ, ЩО ПОТЯГЛО УХВАЛЕННЯ РІЗНИХ ЗА ЗМІСТОМ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у кримінальних справах 28.05.15 р., розглядаючи справу № 5-25кс15, висловився про те, що склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 121 Кримінального кодексу України¹, належить до особливих (складних) злочинів і виділений законодавцем в окремий вид необережного заподіяння смерті, оскільки за своєю суттю, природою речей заподіяння смерті відбувається єдиним засобом — завданням тілесних ушкоджень.

Суд зазначив, що, вчиняючи умисний злочин із матеріальним складом, особа інколи приводить у рух певні сили, які поза межами її волі тягнуть настання додаткових більш тяжких, небажаних наслідків. Ці наслідки, які перетворюють простий склад у кваліфікований, інкримінуються їй лише за умови встановлення щодо них (наслідків) необережної вини.

Складність об'єктивної сторони зазначеного злочину полягає в тому, що передбачене законом умисне діяння спричиняє два різних похідних наслідки: первинний із них (найближчий) — тяжкі тілесні ушкодження (обов'язкова ознака об'єктивної сторони) — перебуває у необхідному причинному зв'язку із наслідками вторинними (віддаленими) — смертю потерпілої особи (кваліфікуюча ознака). У цьому злочині згідно із законом і щодо діяння, і щодо першого, обов'язкового, наслідку суб'єктивна сторона виражається в умислі (прямому чи непрямому), а відносно другого (кваліфікованого) наслідку — тільки в необережності (самовпевненості чи недбалості). У цілому цей злочин визнається умисним, бо саме умисне ставлення до діяння і найближчого наслідку визначає спрямованість злочину, його суспільно небезпечність.

Суд підкреслив, що в тому разі, коли особа, яка має навички у конфліктних ситуаціях завдавати сильного удару кулаком, несподівано (підступно) для потерпілого саме кулаком цілеспрямовано і з великою силою наносить йому удар у життєво важливий орган — голову (ще-

лепу), спричиняє тим самим тяжкі тілесні ушкодження, від яких той на місці помирає, то вона, діючи з такою силою, достеменно усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій і передбачає, що внаслідок такої її поведінки буде спричинено шкоду здоров'ю потерпілого. Водночас, цілеспрямовано наносячи удар у щелепу, ця особа не конкретизує у своїй свідомості, яку ж саме шкоду здоров'ю (тяжкість тілесних ушкоджень) буде фактично спричинено нею потерпілому. Тобто в даному випадку така особа діє із невизначеним (неконкретизованим) умислом, за якого вона, хоча і бажає спричинити або свідомо припускає спричинення шкоди здоров'ю потерпілого, але при цьому не конкретизує точними межами у своїй свідомості тяжкість цієї шкоди. У таких випадках винувата особа має відповідати за той результат (шкоду), який фактично було заподіяно, — умисне заподіяння тяжких ушкоджень. Що стосується смерті потерпілого, то її настання на боці винуватої особи мається лише необережна форма вини, бо хоча вона і не бажала її настання і навіть свідомо не допускала її настання, але повинна була і могла передбачити, що внаслідок її злочинних дій може настати і такий наслідок, як смерть потерпілого.

Отже, якщо смерть потерпілого настала від тяжкого ушкодження, заподіяного сильним ударом кулака в голову, то такого характеру діяння винуватого мають розцінюватись як заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, та кваліфікуватись за ч. 2 ст. 121 КК лише за наявності умислу винуватого щодо тяжких тілесних ушкоджень і необережності щодо смерті (тобто при змішаній формі вини).

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 кримінальної юрисдикції» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/D3EF9D881D4EFB25C2257E6E003CB58A>

¹ Далі за текстом — КК.



ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ У СПРАВІ ПРО СТЯГНЕННЯ ВІДНОВНОЇ ВАРТОСТІ ЗЕЛЕНИХ НАСАДЖЕНЬ

Верховний Суд України на спільному засіданні Судових палат у цивільних та господарських справах 01.07.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-178цс15, предметом якої був спір про стягнення відновної вартості зелених насаджень.

Суд зробив правовий висновок про те, що за змістом ст. 256 і 261 ЦК позовна давність є строком пред'явлення позову як безпосередньо особою, право якої порушене, так і тими суб'єктами, які уповноважені законом звертатися до суду з позовом в інтересах іншої особи — носія порушеного права (інтересу). При цьому як у випадку пред'явлення позову самою особою, право якої порушене, так і в разі пред'явлення позову в інтересах цієї особи іншою уповноваженою на це особою, відлік позовної давності обчислюється з одного й того самого моменту: коли особа довідалася або могла довідатися про порушення її права або про особу, яка його порушила.

Статтею 36¹ Закону України «Про прокуратуру» та ч. 2 ст. 45 ЦПК передбачено право прокурора з метою представництва інтересів громадянина або держави в суді в межах повноважень, визначених законом, звертатися до суду з позовною заявою, брати участь у розгляді справ за його позовом тощо.

Процесуальні права прокурора як особи, якій надано право захищати права, свободи та інтереси інших

осіб, визначені у ст. 46 ЦПК.

Згідно із ч. 1 ст. 46 ЦПК органи та інші особи, які відповідно до ст. 45 цього Кодексу звернулися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах, мають процесуальні права й обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укласти мирову угоду.

Прокурор, який бере участь у справі, має обов'язки і користується правами сторони, крім права на укладення мирової угоди. Таким чином, положення закону про початок перебігу позовної давності поширюється й на звернення прокурора до суду із заявою про захист державних інтересів. Ухвалюючи рішення у справі, яка переглядається, суд не врахував положення закону та дійшов помилкового висновку про початок перебігу позовної давності з дня виявлення прокурором порушень земельного законодавства під час здійснення прокурором перевірки.

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/EC0138DA3936C723C2257E7D0025DB46>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ У СПРАВІ ПРО СКАСУВАННЯ РІШЕНЬ СІЛЬСЬКОЇ РАДИ, ВИЗНАННЯ ДЕРЖАВНИХ АКТІВ НА ПРАВО ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ НЕДІЙСНИМИ

Верховний Суд України на спільному засіданні Судових палат у цивільних та адміністративних справах 24.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-228цс14, предметом якої був спір про скасування рішень сільської ради, визнання державних актів на право приватної власності на земельну ділянку недійсними.

Суд зробив правовий висновок про те, що відповідно до п. «в» ч. 3 ст. 116 ЗК безоплатна передача земельних ділянок у власність громадян проводиться у разі одержання земельних ділянок із земель держав-

ної і комунальної власності в межах норм безоплатної приватизації, визначених цим Кодексом.

Згідно з п. «б» ч. 1 ст. 121 ЗК громадяни України мають право на безоплатну передачу їм земельних ділянок із земель державної або комунальної власності для ведення особистого селянського господарства у розмірі не більше 2,0 гектара.

Виходячи зі змісту ч. 4 ст. 116 ЗК передача земельних ділянок безоплатно у власність громадян у межах норм, визначених цим Кодексом, проводиться один раз за кожним видом використання.



Відповідно до вимог ч. 6 ст. 5 Закону України «Про особисте селянське господарство» громадяни України, які реалізували своє право на безоплатну приватизацію земельної ділянки для ведення особистого підсобного господарства в розмірі менше 2,0 гектара, мають право на збільшення земельної ділянки в межах норм, установлених ст. 121 ЗК для ведення особистого селянського господарства.

Відповідно до ч. 1 ст. 56 Земельного кодексу України від 18.12.90 р. для ведення особистого підсобного господарства громадянам за рішенням сільської, селищної, міської Ради народних депутатів передаються безплатно у власність земельні ділянки в межах населених пунктів у розмірах, вказаних у земельно-облікових документах, або надаються безплатно у власність у розмірі не більше 0,6 гектара.

З огляду на системний аналіз положень вищеведених норм законодавства, досліджуючи співвідношення понять «особисте підсобне господарство» та «особисте селянське господарство», можна зробити висновок, що право на збільшення земельної ділянки в межах норм, установлених ст. 121 ЗК для ведення особистого селянського господарства, мають ті громадяни, які реалізували своє право

на безоплатну приватизацію земельної ділянки для ведення особистого підсобного господарства в розмірі не більше 0,6 га відповідно до приписів Земельного кодексу України від 18.12.90 р. У такому випадку безоплатна передача земельної ділянки буде здійснюватися за загальним порядком, визначеним ст. 118 ЗК.

Суд касаційної інстанції, погодившись із висновком апеляційного суду про те, що громадянин має право отримати безоплатно у власність земельні ділянки один і більше разів, проте в межах розмірів, передбачених ст. 121 ЗК, не звернув уваги на співвідношення понять «особисте підсобне господарство», що міститься у Земельному кодексі України від 18.12.90 р., та «особисте селянське господарство», що міститься у ЗК від 25.10.01 р., внаслідок чого припустився неправильного застосування норм ст. 116 і 121 ЗК.

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/A01A5C81015F2135C2257E7D0025DC65>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ У СПРАВІ ПРО ВИСЕЛЕННЯ З ГУРТОЖИТКУ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 24.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-191цс15, предметом якої був спір про виселення з гуртожитку.

Суд зробив правовий висновок про те, що згідно із ч. 2 і 3 ст. 132 Житлового кодексу Української РСР² працівників підприємств, установ, організацій, які поселилися в гуртожитку в зв'язку з роботою, може бути виселено без надання іншого жилого приміщення в разі звільнення за власним бажанням без поважних причин за порушення трудової дисципліни або вчинення злочину. Осіб, які припинили роботу з інших підстав, ніж ті, що зазначені в ч. 2 цієї статті, а також осіб, перелічених у ст. 125 цього Кодексу, може бути виселено лише з наданням їм іншого жилого приміщення.

У справі, що переглядається, апеляційний суд установив, що на час вселення відповідачів у будівлю

на підставі клопотання командира військової частини будинок не мав статусу гуртожитку, він використовувався як готель для військовослужбовців, відповідачі були прописані за адресою будинку і проживають у ньому з 1993 року. За таких обставин суд апеляційної інстанції, з висновком якого погодився й суд касаційної інстанції, дійшов правильного висновку про відсутність підстав, передбачених ст. 132 ЖК УРСР, для виселення відповідачів, які вселилися до житлового приміщення ще до набуття будинком, у якому воно розташовано, статусу гуртожитку.

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/D0D93FA6F505F27BC2257E7A0023B2FD>

² Далі за текстом — ЖК УРСР.



ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ У СПРАВІ ПРО ЗНЕСЕННЯ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 24.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-381цс15, предметом якої був спір про знесення самочинного будівництва.

Суд зробив правовий висновок про те, що згідно із ч. 7 ст. 376 ЦК в разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил суд за позовом відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування може постановити рішення, яким зобов'язати особу, яка здійснила (здійснює) будівництво, провести відповідну перебудову. Якщо проведення такої перебудови є неможливим або особа, яка здійснила (здійснює) будівництво, відмовляється від її проведення, таке нерухоме майно за рішенням суду підлягає знесенню за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) будівництво. Особа, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, зобов'язана відшкодувати витрати, пов'язані з приведенням земельної ділянки до попереднього стану.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 ЦПК кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Разом із тим згідно з ч. 2 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України³ юрисдикція адміністративних судів поширюється на всі публічно-правові спори,

крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення.

Відповідно до ч. 1 ст. 17 КАС юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, зокрема, що виникають у зв'язку із здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій.

Розглянувши спір у порядку цивільного судочинства, суд першої інстанції, з висновком якого погодились суди апеляційної та касаційної інстанцій, залишив поза увагою, що позивач — Інспекція державного архітектурно-будівельного контролю — звернувся до суду як суб'єкт владних повноважень на виконання владних управлінських функцій зі здійснення архітектурно-будівельного контролю у зв'язку з порушенням забудовником вимог законодавства з питань будівництва, містобудування та архітектури та не перевірів, що відносини між сторонами є публічно-правовими й зазначений спір підлягає розгляду в порядку адміністративного судочинства, передбаченому КАС.

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/A924F86EE9F06E28C2257E7A0023B4B4>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ У СПРАВІ ПРО ВИЗНАННЯ РІШЕННЯ СЕЛИЩНОЇ РАДИ І ДЕРЖАВНОГО АКТА НА ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ НЕДІЙСНИМИ ТА ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

Верховний Суд України на спільному засіданні судових палат у цивільних та господарських справах 24.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-472цс15, предметом якої був спір про визнання рішення селищної ради і державного акта на право власності

на землю недійсними та визнання права власності на земельну ділянку.

Суд зробив правовий висновок про те, що ст. 173 ЗК визначено, що межа району, села, селища, міста, району у місті — це умовна замкнена лінія на поверхні

³ Далі за текстом — КАС.



землі, що відокремлює територію району, села, селища, міста, району у місті від інших територій.

Відповідно до п. «б» ч. 1 ст. 12 ЗК до повноважень сільських, селищних, міських рад у галузі земельних відносин на території сіл, селищ, міст належить передача земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб відповідно до цього Кодексу.

Згідно із ч. 1 і 2 ст. 116 ЗК громадяни та юридичні особи набувають права власності та права користування земельними ділянками із земель державної або комунальної власності за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування в межах їх повноважень, визначених цим Кодексом, або за результатами аукціону. Набуття права на землю громадянами та юридичними особами здійснюється шляхом передачі земельних ділянок у власність або надання їх у користування.

Як передбачено ч. 1 ст. 122 ЗК, сільські, селищні, міські ради передають земельні ділянки у власність або користування із земель комунальної власності відповідних територіальних громад для всіх потреб. Таким чином, оскільки зазначені норми встановлювали нерозривний зв'язок між виникненням права власності на земельну ділянку з обов'язковим одержанням її власником державного акта на право власності, суд апеляційної інстанції, з висновками якого погодився й суд касаційної інстанції, безпідставно скасував рішення Ірпінського міського суду Київської області від 19.06.13 р. в частині визнання недійсним державного

акта на право власності на земельну ділянку з відміткою про перехід права власності.

Висновок суду апеляційної інстанції, з яким погодився й суд касаційної інстанції, про неправильне застосування місцевим судом вищенаведених норм матеріального права про те, що саме державний акт посвідчує право власності на земельну ділянку після переходу її до відповідача на підставі договору купівлі-продажу, не визнаного судом недійсним, є безпідставним, оскільки відповідно до ст. 125, ч. 2 ст. 126 ЗК (у редакції, яка була чинною на час укладення договору купівлі-продажу) право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації цих прав. У разі набуття права власності на земельну ділянку за цивільно-правовою угодою воно посвідчується не державним актом, а відповідною цивільно-правовою угодою щодо відчуження земельної ділянки, укладеною в порядку, який встановлено законом.

Вчинення в такому разі на державному акті (визнаному судом недійсним) відмітки про відчуження земельної ділянки на підставі договору купівлі-продажу не змінює суті такого державного акта як недійсного.

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%29/8E0382ED6982210FC2257E7A0023B5FE>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ У СПРАВІ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 24.06.15 р. ухвалив постанову у справі № 6-530цс15, предметом якої був спір про відшкодування збитків.

Суд зробив правовий висновок про те, що відповідно до ст. 3 Кодексу законів про працю України⁴ трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності і галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами, регулюються законодавством про працю.

Частина 2 ст. 3 КЗпП передбачає можливість установа особливостей праці, тобто особливостей правового регулювання певних трудових відносин, надаючи окремим підприємствам, установам, організаціям право регулювати трудові відносини їхніми статутами, положеннями. Надавши це право КЗпП, у ст. 9 закріплює норму, якою забороняє підприємству, установі, організації вводити до своїх внутрішніх нормативних актів умови, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством про працю, в тому числі щодо оплати праці окремих категорій

⁴ Далі за текстом — КЗпП.



працівників, які визначаються відповідним законодавством та статутами підприємств, установ, організацій.

Аналогічні гарантії передбачені у ст. 22 Закону України «Про оплату праці».

Питання про наслідки відступу від положень трудового законодавства при укладенні договорів про працю вичерпно вирішено у ст. 9 КЗпП, яка імперативно кваліфікує такі умови недійсними без необхідності визнання їх такими в судовому порядку. Разом з тим у ч. 1 ст. 9¹ КЗпП встановлюється право підприємства, установи, організації в межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів встановлювати додаткові порівняно з законодавством трудові і соціально-побутові пільги для працівників.

Таке право підприємства, установи, організації вільно розпоряджатися своїм прибутком відповідно до статуту підприємства ґрунтується, зокрема, на нормах ст. 62, 65, 66, 69 ГК, ст. 91, 92, 97, 152, 154, 160, 161 ЦК, законах України «Про акціонерні товариства», «Про банки і банківську діяльність», ст. 44 КЗпП та ст. 4, 14 і 15 Закону України «Про оплату праці».

Відповідно до ч. 2 ст. 154, ч. 2 ст. 160 ЦК статут акціонерного товариства повинен мати, зокрема, відомості про склад і компетенцію органів управління товариством, в тому числі наглядової ради, та порядок ухвалення ними рішень.

Згідно з нормами ст. 5 і 15 Закону України «Про оплату праці» організація оплати праці здійснюється на підставі законодавчих та інших нормативних актів, генеральної угоди на національному рівні, галузевих (міжгалузевих), територіальних угод, колективних та трудових договорів.

Конкретні розміри оплати праці (в тому числі надбавок, премій, винагород) встановлюються в колективному договорі, а у разі його відсутності — роботодавцем за погодженням з уповноваженим на це органом.

При цьому за положенням ч. 2 і 3 ст. 2 Закону України «Про оплату праці» винагорода за працю понад встановлені норми, зокрема доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати тощо, є додатковою заробітною платою, як і інші компенсаційні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства або

які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми.

Аналіз норми ст. 9 КЗпП разом з нормами ст. 9¹ і 44 цього Кодексу та іншими положеннями законодавства (ст. 58 і 62 Закону України «Про акціонерні товариства», ст. 39 Закону України «Про банки і банківську діяльність») дає підстави для висновку про те, що встановлення підприємством, установою, організацією в межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів у трудових договорах чи інших угодах додаткових, порівняно із законодавством, трудових чи соціально-побутових пільг для працівників, тобто які покращують їх становище, не може бути приводом для визнання таких умов недійсними.

Враховуючи, що відповідно до ст. 21 КЗпП предметом трудового договору (контракту) є праця (трудова функція) особи, яка є об'єктом саме трудових правовідносин, які повною мірою врегульовані трудовим законодавством (зокрема ст. 3, 7, 9, 9¹ і 44 КЗпП), положення ЦК щодо умов дійсності правочину та правових наслідків недійсності правочину не підлягають застосуванню для регулювання суспільних відносин, які виникають у зв'язку з укладенням трудового договору (контракту).

Установивши наявність між сторонами договору трудових правовідносин, які регулюються нормами трудового й спеціального законодавства, та факт укладення цього договору саме у зв'язку з існуванням трудових правовідносин, апеляційний суд дійшов правильного висновку про те, що укладений договір не є правочином у розумінні ст. 202 ЦК, на який поширюються передбачені нормами ст. 203 і 215 цього Кодексу загальні вимоги щодо чинності правочину та який може бути визнаний недійсним із передбачених ЦК підстав із застосуванням наслідків недійсності правочину.

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%29/82F941E4244FDA9C2257E760026ADED>



ОГЛЯД СПРАВ ЩОДО УКРАЇНИ, РОЗГЛЯНУТИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ ПЕРШОГО ПІВРІЧЧЯ 2015 РОКУ



Ігор Караман,

доктор права, координатор НААУ з питань підвищення кваліфікації адвокатів,
експерт Ради Європи, ОБСЄ та НААУ з права ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

У цій публікації ми продовжимо цикл періодичних оглядів найбільш важливих рішень та ухвал, винесених Європейським судом з прав людини¹ у справах щодо України. Протягом зазначеного періоду (січень — червень 2015 року) ЄСПЛ було винесено 19 рішень по суті: 18 рішень Палатою і 1 рішення — Великою палатою. Розглянемо найбільш цікаві з них.

СТАТТЯ 2 КОНВЕНЦІЇ: ПРАВО НА ЖИТТЯ

У цій категорії Суд розглянув справу «Прилуцький проти України» (рішення від 26.02.15 р.), обставини якої наступні. Син заявника у вересні 2006 року брав участь у автомобільній грі «АвтоКвест» в м. Донецьк. Згідно з правилами гри учасники були розділені на команди, і кожна команда мала пересуватися автомобілем до різних пунктів у місті і вирішувати загадки, щоб встановити наступне місце призначення. Переможцем ставала команда, яка першою досягала кінцевого пункту призначення. Під час гри П., водій автомобіля, у якому знаходився син заявника, втратив контроль над автомобілем і врізався в електроопору. У результаті ДТП водій отримав тілесні ушкодження, а троє пасажирів, включаючи сина заявника, загинули.

01.10.06 р. органи міліції порушили кримінальну справу за цим фактом. Двічі проводилось судово-психіатричне обстеження П., за результатами якого було встановлено, що на час ДТП він усвідомлював свої дії і міг ними керувати, але внаслідок отриманих у ДТП ушкоджень у нього розвинулося хронічне психічне захворювання. Експерти встановили, що П. має пройти примусове психіатричне лікування. 08.06.11 р. районний суд визнав П. винним у порушенні правил безпеки дорожнього руху, що спричинило загибель сина заявника та двох інших пасажирів, та постановив застосувати до нього примусові заходи медичного характеру.

Апеляційний суд скасував цю постанову та повернув справу на додаткове розслідування, за результатами якого справу направлено до суду першої інстанції для вирішення питання про застосування до П. примусових заходів медичного характеру. Станом на 26.03.13 р. провадження ще тривало.

Розглянувши скаргу заявника на те, що держава не вжила заходів для забезпечення охорони життя його сина (наприклад, ліцензування квест-гри), ЄСПЛ зазначив, що син заявника був повнолітнім, мав свободу дій і добровільно вирішив взяти участь у грі, взявши на себе обов'язок дотримуватися існуючих правил, в тому числі й правил дорожнього руху. Заявник не стверджував, що він або хтось інший перед проведенням гри зверталися до органів міліції або інших органів влади з проханням вжити будь-яких спеціальних заходів. Крім того, не було встановлено, що спричинена відповідними іграми небезпека відрізнялася від небезпеки, властивої дорожньому руху, а тому вимагала спеціального регулювання цієї діяльності. Відтак, порушення матеріального аспекту ст. 2 Конвенції не було. Водночас Суд встановив порушення процесуального аспекту ст. 2, оскільки приблизно через 6,5 року після ДТП провадження у справі на національному рівні все ще тривало. Така надмірна тривалість не була виправданою, тим більше що через більш як п'ять років після ДПТ справу було повернуто на додаткове розслідування. Відтак розслідування було неефективним.

¹ Далі за текстом — ЄСПЛ або Суд.



СТАТТЯ 3 КОНВЕНЦІЇ: (1) ЗАБОРОНА ПОГАНОВОГО ПОВОДЖЕННЯ

У цій категорії справ Суд виніс найбільшу кількість рішень — дев'ять.

Як і раніше, ЄСПЛ продовжує констатувати «традиційні» для України порушення статті 3: погане поведження з боку працівників правоохоронних органів із затриманими з метою отримання від них визнавальних свідчень та неефективне розслідування скарг потерпілих.

Так, у справах «Євген Петренко проти України» (рішення від 29.01.15 р.), «Кулік проти України» (рішення від 19.03.15 р.), «Кірипченко проти України» (рішення від 02.04.15 р.), «Ушаков та Ушакова проти України» (рішення від 18.06.15 р.), «Жизіцький проти України» (рішення від 19.02.15 р.), «Огороднік проти України» (рішення від 05.02.15 р.), «А. Н. проти України» (рішення від 29.01.15 р.) та «А. В. проти України» (рішення від 29.01.15 р.) усі заявники скаржилися до Суду на те, що їх побили співробітники правоохоронних органів під час затримання або утримання під вартою.

У всіх цих справах, крім справ «Євген Петренко проти України», «А. Н. проти України» та «А. В. проти України», Суд встановив порушення матеріального аспекту статті 3 Конвенції, оскільки уряд-відповідач не зміг спростувати твердження заявників про те, що їхні ушкодження були отримані саме під контролем держави, тобто в правоохоронних органах, а також надані ними докази. Більше того, у справі «Жизіцький проти України» Суд кваліфікував поведження, застосоване до заявника, як «катування» (найвищий ступінь забороненого статтею 3 поведження), оскільки до заявника з метою вибиття показів застосовувався електрошокер.

Цікаво, що у справі «Ушаков та Ушакова проти України» один з міліціонерів, який активно брав участь в побитті заявників під час затримання, також фігурував і у справі ЄСПЛ «Савін проти України» (рішення від 16.02.12 р.), в якій національними судами було встановлено, що він у 1999 році побив заявника, зробивши його довічним інвалідом, що ЄСПЛ охарактеризував як «катування». Однак провадження проти цього міліціонера тоді було закрито за впливом строків притягнення до кримінальної відповідальності, і він згодом побудував успішну кар'єру в міліції. Тому в цій справі Суд назвав поведінку міліціонера, описану заявниками, «демонстрацією найвищого ступеня безкарності та свавілля».

Що стосується справ «Євген Петренко проти України», «А. Н. проти України» та «А. В. проти України», Суд в них не знайшов порушення матеріального аспекту статті 3, оскільки заявники жодним чином не підкріпили свої твердження про те, що їх було піддано поганому поведженню в правоохоронних органах.

У всіх зазначених справах (крім справи «А. В. проти України», в якій заявник не порушив відповідну скаргу) Суд традиційно встановив порушення процесуального аспекту статті 3 з огляду на відсутність ефективного (всебічного, ретельного) розслідування скарг заявників на погане поведження.

На жаль, такі порушення продовжують констатуватися Судом у низці справ, незважаючи на квазі-пілотну справу «Каверзін проти України», в якій він ще три роки тому зобов'язав Україну реформувати правову систему з метою забезпечення ефективного розслідування скарг на погане поведження.

Типовими вадами під час розслідування у справах заявників були наступні: прокуратура, не проводячи повномасштабного розслідування, розглядала твердження заявників у рамках неодноразових дослідчих перевірок, які Суд вже визнавав такими, що не відповідають принципам ефективного засобу правового захисту; проведення слідства чи перевірки через кілька місяців після подачі скарги; передача справи для проведення слідства до відділу міліції, у штаті якого перебували працівники, які, як стверджувалося, піддали заявника поганому поведженню; розслідування скарг заявника на неналежне поведження більше мало на меті звільнити від відповідальності стверджуваних кривдників, аніж встановити об'єктивні обставини, за яких заявник отримав ушкодження.

СТАТТЯ 3 КОНВЕНЦІЇ: (2) УМОВИ УТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ, ЛІКУВАННЯ, ТРАНСПОРТУВАННЯ ТА УТРИМАННЯ В МЕТАЛЕВІЙ КЛІТИНІ ПІД ЧАС СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ

У справі «Луценко проти України» (№ 2) (рішення від 11.06.15 р.) заявник скаржився на різні аспекти порушення статті 3 у зв'язку з його утриманням під вартою. Суд встановив порушення статті 3 у зв'язку з умовами утримання заявника під вартою в Київському СІЗО № 13 в період з 28.12.10 р. по 08.05.11 р., оскільки в цей період часу він мав особистий простір у камері в 2.86 м², всупереч рекомендацій Комітету проти катувань щодо мінімального особистого простору для затриманих



у 4 м². Суд також встановив порушення статті 3 у зв'язку з умовами транспортування заявника з СІЗО до суду (неналежне годування заявника без врахування його медичних потреб під час такого транспортування; тривалі періоди очікування заявником слухань у кімнатах очікування; замалі перерви під час судових слухань), а також у зв'язку з утриманням заявника в металевій клітині під час судового розгляду (заявник не обвинувачувався в насильницькому злочині, не мав судимостей, але тим не менш тримався в клітині на очах громадськості, що, на думку Суду, було поведінням, яке принижує). Що ж стосується скаргу заявника на неналежну медичну допомогу під час утримання під вартою, Суд не встановив порушення статті 3, встановивши, що національні органи забезпечили заявника «всєбічною, ефективною та прозорою» медичною допомогою.

СТАТТЯ 5 КОНВЕНЦІЇ: ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНИСТЬ

У цій категорії Суд виніс шість рішень.

Так, у справі «Малик проти України» (рішення від 29.01.15 р.) Суд зазначив, що заявника без відповідного судового рішення було затримано за рішенням слідчого у зв'язку з подіями, що відбулися півроку тому. Слідчий обґрунтував затримання заявника тим, що очевидці вказали на нього як на особу, яка вчинила злочин, проте не вказав, про який саме злочин і про яких саме свідків ішлося. Таким чином, це рішення не забезпечило істотної гарантії того, що затримання заявника було здійснене у зв'язку з «обґрунтованою підозрою» у вчиненні ним злочину. Суд зазначив, що ані слідчий у протоколі затримання, ані суди, які переглядали постанову слідчого, не навели причин, які б вказували на те, що попереднє затримання заявника було необхідною процесуальною дією, спрямованою на запобігання певним ризикам для провадження. Тому Суд констатував порушення ст. 5 (1) (с) Конвенції. Суд також встановив порушення ст. 5 (4), оскільки районний суд, який відповідно до ст. 106 КПК України мав розглянути скаргу заявника на незаконність його затримання одночасно з розглядом подання слідчого про обрання заявнику запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, не тільки не розглянув скаргу заявника по суті і не прийняв чіткого рішення щодо подання слідчого, але й продовжив тримання заявника під вартою до десяти діб, обґрунтовуючи це необхідністю зібрати інформацію щодо особи заявника, його сімейного стану та способу життя. Більше того, коли заявника звільнили з-під варту, його скаргу все ще не було розглянуто.

У справі «Котій проти України» (рішення від 05.03.15 р.) Суд також констатував порушення статті 5 (1) Конвенції, а також статті 5 (5), нагадавши, що національна правова система України не гарантує право на відшкодування за цим положенням, якщо Суд встановить порушення будь-яких пунктів ст. 5. Крім того, Суд встановив порушення ст. 8 Конвенції, оскільки застосовані до заявника запобіжні заходи становили надмірне втручання в його приватне та сімейне життя, перешкоджаючи йому продовжувати здійснювати свою професійну діяльність та підтримувати зв'язок із сім'єю.

Справа «Гал проти України» (рішення від 16.04.15 р.) стосується порушення передбаченого законодавством максимального терміну тримання заявника під вартою без рішення суду і подальшого необґрунтованого утримання його під вартою. У цій справі Суд зазначив, що оскільки законодавством України визначений максимальний термін утримання під вартою (72 години) без рішення суду, а в справі заявника такий термін було порушено, то тримання заявника під вартою було незаконним і свавільним, у порушення ст. 5 (1). Суд також вирішив, що невиконання обов'язку доставити заявника до суду в межах передбаченого законодавством строку, і те, що причини такої затримки заявнику ніхто не пояснив, становило порушення ст. 5 (3). ЄСПЛ також розглянув рішення районного суду про продовження терміну тримання заявника під вартою на невизначений період часу. На думку Суду, практика затримання особи на необмежений період часу, якщо таке затримання не ґрунтується на конкретних правових положеннях або на рішенні суду, сама по собі суперечить принципу правової визначеності. Крім того, районний суд у своєму рішенні використовував стандартний «набір» причин для продовження терміну тримання особи під вартою і не перевіряв доречність таких причин в обставинах справи заявника. Тому утримання заявника в певні періоди порушило ст. 5 (1) Конвенції.

У справі «Орловський проти України» (рішення від 02.04.15 р.) Суд констатував інше типове для України порушення ст. 5 (1) Конвенції. Так, тримання заявника під вартою з 19 лютого по 18 березня 2009 року було засноване виключно на тому, що матеріали його справи були передані до суду на розгляд. Крім цього, в цій справі ЄСПЛ встановив порушення ст. 5 (3) та (4) через надмірну тривалість утримання під вартою (більш ніж на п'ять років і два місяці) та відсутність ефективної процедури розгляду законності тримання під вартою.



У зазначених вище чотирьох справах національні кримінальні провадження здійснювалися ще за старим КПК, тому в цих справах Суд констатував традиційні для України порушення права на свободу, пов'язані з кодексом 1960 року. Втім деякі проблеми, які виникали зі старого КПК, залишаються і по сьогодні. Так, порушення, вкотре встановлене в справі п. Орловського, було встановлене Судом і в справі «Чанєв проти України» (рішення від 09.10.14 р.), в якій кримінальне провадження щодо заявника розглядалося вже за новим КПК.

Ще дві справи за статтею 5 Конвенції, які розглянув Суд, є менш типовими. У справі «Руслан Яковенко проти України» (рішення від 04.06.15 р.) заявник, перебуваючи під вартою за звинуваченням у нанесенні тяжких тілесних ушкоджень, був засуджений судом першої інстанції 12 липня 2010 року до покарання у вигляді позбавлення волі. Його покарання повинне було закінчитися через три дні після винесення вироку (15 липня), оскільки він вже провів тривалий період під вартою. Тим не менш, суд вирішив залишити заявника під вартою як превентивний захід до того, як рішення суду стане остаточним, навіть після того, коли термін покарання вже закінчився. За законодавством, якщо заявник не оскаржив рішення, його утримання під вартою триватиме 12 днів, поки рішення суду першої інстанції не стає остаточним, враховуючи термін 15 днів для подачі апеляції. Якби заявник звернувся з апеляцією, але із затримкою, то рішення суду першої інстанції стало б остаточним через невизначений час, а його затримання також продовжилося б на невизначений термін. По закінченні терміну покарання заявник безуспішно просив адміністрацію СІЗО звільнити його. Аргументи «проти» були наступними: заявника не можуть випустити, допоки запобіжний захід не знято чи судове рішення не стане остаточним. 27.07.10 р. 15-денний термін для подачі апеляції проти рішення 12 липня закінчився, і це рішення стало остаточним. Заявник був випущений 29 липня 2010 року, коли СІЗО отримало рішення суду. Результатом цього стало те, що Суд констатував порушення статті 5 (1) Конвенції та статті 2 Протоколу № 7, оскільки утримання під вартою заявника з 15 по 29 липня 2010 року було незаконним, а крім того, він був практично позбавлений права оскаржити рішення по його кримінальній справі, оскільки в разі подачі апеляції термін його утримання під вартою продовжився б.

Нарешті, справа «Заїченко проти України» (№ 2) (рішення від 26.02.15 р.) стосується примусового поміщення заявника до психіатричної лікарні з метою проведення психіатричної експертизи в рамках адміністративного

провадження, а також збору особистої інформації про нього співробітниками правоохоронних органів. У цій справі Суд зазначив, що позбавлення волі особи, яка, можливо, страждає від психічних захворювань, допускається лише з дотриманням головної мети статті 5 (1) Конвенції — запобігання свавільного позбавлення волі. Для дотримання цієї мети необхідна наявність трьох головних умов: психічний розлад має підтверджуватися висновком об'єктивної медичної експертизи; примусове позбавлення свободи має бути виправдане характером і ступенем психічного розладу; тривалість позбавлення волі повинна залежати від тривалості психічного розладу. Суд звернув увагу на те, що без попереднього висновку медичного працівника особа не може бути позбавлена волі. Це правило діє навіть у тих випадках, коли затримання здійснюється з метою отримання висновку спеціаліста. Зміна цієї процедури можлива тільки в крайніх випадках.

Однак у справі заявника єдиною підставою для його затримання були сумніви судді в тому, що заявник, який на національному рівні порушив кілька судових проваджень і надсилав до судів листи з грубими відгуками про суддів, в результаті чого проти нього було порушено адміністративне провадження за неповагу до суду, є психічно здоровим. Ніякої крайньої необхідності в позбавленні заявника свободи теж не було, оскільки він добровільно приходив на судові засідання і не вів себе агресивно. Крім того, негативним чином позначилася і прогалина в законодавстві, яке не регулює належним чином гарантії при проведенні судово-психіатричних експертиз в адміністративному провадженні. Таким чином, Суд дійшов висновку про порушення статті 5 (1) Конвенції.

Крім того, в цій справі Суд констатував порушення статті 8 Конвенції через збір співробітниками міліції інформації про заявника, хоча, на думку Суду, законодавство України, яким визначаються умови збору, зберігання і використання інформації, не забезпечує достатнього регулювання. Суд також згадав про відсутність будь-яких процедур, за допомогою яких громадяни могли б захистити свої права в разі незаконного втручання психіатричних установ в їх особисте життя.

СТАТТЯ 6 КОНВЕНЦІЇ: (А) ПОВТОРНИЙ РОЗГЛЯД СПРАВ ЗАЯВНИКІВ ПІСЛЯ КОНСТАТАЦІЇ ЄСПЛ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД

У цій категорії справ було винесено два рішення: одне стосується цивільної справи, інше — кримінальної. Справа «Бочан проти України» (№ 2; рішення від



05.02.15 р.) стала першою справою проти України, розглянутою Великою палатою. У цій справі заявниця, починаючи з 1997 року, безуспішно претендувала на частину будинку, яким на час подій володів пан М., а також на землю, на якій було побудовано будинок. Справа заявниці неодноразово розглядалась національними судами і зрештою остаточною ухвалою ВСУ від 22 серпня 2002 року заявниці було відмовлено в задоволенні позову. Тоді вона подала заяву до ЄСПЛ, поскаржившись за статтею 6 (1) Конвенції на несправедливість судового провадження в її справі, а також на нерозумну тривалість провадження в її справі. 3 травня 2007 року Суд виніс рішення, в якому постановив, що з огляду на обставини справи, за яких ВСУ змінив територіальну підсудність, і відсутність достатнього обґрунтування в рішеннях національних судів право заявниці на справедливий розгляд справи незалежним і безстороннім судом було порушено. Скарга заявниці на те, що тривалість цивільного провадження не відповідала вимозі «розумного строку», була визнана явно необґрунтованою. Крім присудження заявниці справедливої сатисфакції, ЄСПЛ також постановив, що вона мала право відповідно до українського законодавства на повторний розгляд справи національним судом у світлі встановленого Судом порушення.

Посилаючись на рішення ЄСПЛ, заявниця відразу подала до ВСУ заяву про перегляд рішень у її справі у зв'язку з винятковими обставинами, у якій просила скасувати рішення національних судів у її справі та прийняти нове рішення, яким задовольнити її вимоги у повному обсязі. Однак 14.03.08 р. ВСУ відмовив у її задоволенні, зазначивши, що ЄСПЛ встановив, що рішення національних судів у її справі були законними та обґрунтованими і що їй було присуджено відшкодування у зв'язку з порушенням строків провадження. Заявниця знову подала до ВСУ заяву про перегляд рішень національних судів у її справі, наголосивши, що ухвала ВСУ від 14.03.2008 ґрунтувалась на неправильному тлумаченні рішення ЄСПЛ, та просила ВСУ повторно розглянути справу з урахуванням висновків ЄСПЛ щодо статті 6 Конвенції. ВСУ відхилив і цю заяву, зазначивши, що вона не містила доводів, які б могли слугувати підставами для перегляду її справи у зв'язку з винятковими обставинами.

Відтак заявниці нічого не залишалось, як знову звернутися до ЄСПЛ, де вона поскаржилась за статтею 6 (1) Конвенції вже на несправедливий спосіб, в який

ВСУ розглянув її скаргу у зв'язку з винятковими обставинами. На це Суд зазначив, що ВСУ у своїй ухвалі від 14.03.2008 грубо викривив висновки рішення ЄСПЛ від 03.05.07 р., у порушення вимоги «справедливості», передбаченої в статті 6 Конвенції.

Друга справа — «*Яременко проти України*» (№ 2) (рішення від 30.04.15 р.) — стосувалась кримінальної справи проти заявника. Так, остаточним рішенням ВСУ від 18.04.02 р. заявника було визнано винним у скоєнні вбивства та в інших злочинах і засуджено до довічного ув'язнення. 13.08.02 р. заявник звернувся до ЄСПЛ, поскаржившись на те, що його побили співробітники міліції з метою отримання свідчень, і що вирок проти нього базувався головним чином на свідченнях, отриманих слідчими від нього за відсутності адвоката. У своєму рішенні від 12.06.08 р. ЄСПЛ погодився з твердженнями заявника і визнав порушення ст. 3 та ст. 6 § 1 і 3 (с) Конвенції, зазначивши про можливість перегляду справи заявника на національному рівні.

Тоді заявник звернувся до ВСУ з клопотанням про перегляд його справи. Однак 31.07.09 р. останній вирішив, що причин для скасування рішення апеляційного суду, який розглядав справу заявника по першій інстанції, немає, оскільки, виходячи з обставин справи, було надано достатньо доказів вини заявника. Хоча ВСУ зазначив, що рішення апеляційного суду про винуватість заявника ґрунтувалося на доказах, отриманих з порушенням права заявника зберігати мовчання і права на захист, а скарги заявника на жорстоке поводження з боку співробітників міліції не були належним чином розслідувані, він, тим не менш, виключив лише частину тих доказів, які були отримані з порушенням прав заявника. Таким чином, рішення суду було засновано на тих же доказах і без розслідування скарг заявника на те, що самовикривальні заяви він робив під примусом. Заявник повторно звернувся до ЄСПЛ і останній визнав, що після прийняття відповідного рішення ВСУ порушення прав заявника, на які Суд вказав ще в першому рішенні, не були усунуто, що свідчило про нове порушення статті 6 § 1 і 3 (с) Конвенції.

СТАТТЯ 6 КОНВЕНЦІЇ: (Б) ПРАВО ЗБЕРІГАТИ МОВЧАННЯ ТА ПРАВО НА ЗАХИСТ

У цій категорії суд встановив відповідні порушення в семи справах. Ці порушення також є «традиційними» для України. Так, у справі «*Чопенко проти України*» (рішення від 15.01.15 р.) заявник скаржився на те, що йому не було забезпечено правову допомогу під



час допитів на початкових етапах розслідування. На це Суд зазначив, що хоча заявник мав право на доступ до адвоката під час допиту його в певні дати, проте у ці дати в нього відбирали пояснення за відсутності захисника та без попередньо складеного протоколу затримання. Жодних поважних причин такого обмеження права заявника на доступ до захисника Суд не знайшов. Крім того, ЄСПЛ вказав, що початкові визнавальні покази, отримані в порушення права заявника на правову допомогу, становили частину матеріалів справи і стали основною підставою для визнання його винним, у порушення статті 6 (1) та 6 (3) (с) Конвенції. Зрештою, Суд встановив, що відмова ВСУ у задоволенні клопотання заявника про виклик його для дачі пояснень у засіданні ВСУ призвела до непропорційного обмеження його права на захист, а з огляду на присутність там представника прокуратури — і до порушення принципу рівності сторін.

У згаданій вище справі *«Петренко проти України»* заявник також скаржився, що на початковому етапі кримінального провадження йому не було забезпечено доступ до захисника. ЄСПЛ встановив порушення статті 6 (3) (с) Конвенції, оскільки принаймні з 18.03.04 р. заявник фактично мав статус підозрюваного у вчиненні вбивства, а право на доступ до захисника мав з моменту першого допиту 19.03.04 р. Однак незважаючи на це, а також той факт, що заявник був неповнолітнім і згідно з національним законодавством мав право на обов'язкову участь захисника, його в цей день допитували і він дав визнавальні покази за відсутності адвоката. Як зазначив ЄСПЛ, адвокат надавала заявникові юридичну допомогу у справі про шахрайство, однак ніщо не свідчить про те, що її офіційно було допущено до участі у справі щодо вбивства або що вона надавала заявникові будь-яку юридичну допомогу у зв'язку із зазначеною справою. Крім того, національні суди при обґрунтуванні вини заявника хоча й не послали на його визнавальні покази від 19.03.04 р., проте і не вилучили їх з матеріалів справи і не постановили жодної ухвали щодо їх ролі у справі.

У справі *«Ушаков та Ушакова проти України»* Суд також встановив схожі порушення, оскільки перший заявник був допитаний і дав визнавальні покази без участі адвоката, а національні суди поставили такі покази в основу вироку, не спростувавши твердження заявника про те, що вони були надані ним недобровільно.

У справі *«Огороднік проти України»* Суд встановив порушення статті 6 (1) та (3) (с), оскільки міліція, маючи

інформацію, що заявник вчиняв крадіжки та пограбування, спочатку затримала його в рамках адміністративного арешту під надуманим приводом (непекора співробітникам міліції), хоча під час такого арешту з ним фактично поводитися як з обвинуваченим: він дав низку зізнань у крадіжках та пограбуваннях, відмовився від адвоката. Суд зазначив, що адміністративний арешт заявника фактично був частиною затримання кримінального обвинуваченого. Враховуючи, що Суд у цій справі встановив порушення статті 3 Конвенції (див. вище), він також зазначив, що відмова заявника від адвоката, хоча в його ситуації участь адвоката і не була обов'язковою, не була справжньою. Відтак Суд порахував, що право заявника на свободу від самовикривальних свідчень та на правову допомогу були неналежно обмежені під час досудового слідства, а в ході судового провадження не були компенсовані, оскільки суди не здійснили жодних спроб переконливо встановити, що заявник надав свідчення та відмовився від адвоката у добровільний спосіб.

Нарешті, у справі *«Жизіцький проти України»* Суд встановив порушення статті 6 (1), оскільки суди визнали допустимими свідчення, отримані, як встановив Суд, під катуванням, а тому, незалежно від їхньої доказової цінності, це призвело до несправедливого судового провадження в цілому, зокрема, порушило право заявника не давати самовикривальні свідчення. Суд також зазначив, що повторний розгляд справи буде належним відновленням прав заявника, якщо заявник про нього попросить. І навпаки, у справах *«А. Н. проти України»* та *«А. В. проти України»* хоча заявники скаржилися на порушення статті 6-1 через те, що їхні самовикривальні свідчення були поставлені в основу вироків проти них, Суд порушення цього положення не знайшов, оскільки не встановив, за відсутності порушення матеріального аспекту статті 3, що свідчення були дані під примусом. Втім, в останній справі Суд встановив порушення статті 6 (1) та (3) (с), оскільки заявник надав самовикривальні свідчення без адвоката під час його первинного затримання в рамках адміністративного арешту. Суд порахував, що санкція за такий арешт передбачала до 15 діб арешту, а тому на таке затримання поширювалися «кримінальні» гарантії статті 6. Тому допит заявника в рамках адміністративного провадження без адвоката і використання в подальшому кримінальному провадженні отриманих свідчень становило порушення зазначеного положення.



МОВА ТІЛА: НАВЧИТЬСЯ ЇЇ РОЗУМІТИ



Олексій Зімовін, психолог-практик

Адвокат щось запитав, і клієнт/свідок — не важливо, який співрозмовник — йому щось відповідає. Ніби і запитання було ввічливе, і контакт установлено комфортний, і відповідь виходить цілком доладною і відвертою... але уважний адвокат бачить — щось не так, якийсь співрозмовник напружений, рухи у нього надто рвучкі. Що це означає? Як розуміти ці сигнали, які посилає тіло, мабуть, найбільш щирі з усіх людських повідомлень? Відповіді ви знайдете в цій статті.

КОНСТИТУЦІЯ — ОСНОВНИЙ ЗАКОН

Це вірно не тільки для держави, а й для людини. Йдеться про тілесну конституцію, тобто про загальну будову тіла. Люди з певним типом статури мають певні психічні особливості.

Е. Кречмер виділив чотири типи людей, залежно від їх тілесної конституції: атлетичний, астеничний, пікнічний та змішаний. Зобразимо перші три типи дуже схематично і зовсім приблизно (див. рис.). Змішаний тип малювати не будемо, навіть схематично і приблизно, а скажемо тільки, що він поєднує в собі риси трьох інших типів у різних пропорціях. Отже, інтерпретація його особливостей залежить від досвідченості адвоката у справі спостереження за тілесними проявами свого співрозмовника.



Типи тілесної конституції

Спочатку про зовнішній вигляд кожного з типів. Атлетик має широкі плечі та вузькі стегна, міцну статуру, добре розвинену мускулатуру, високий або середній зріст. Згадали Арнольда Шварценеггера? Хоча сказати про його вроджений тип статури, а важливий саме він, досить складно. Незважаючи на те, що в культурі за-

кріпилося уявлення, ніби атлетичний тип статури — це ідеальний чоловічий тип, жінки з такою конституцією також трапляються.

Астенік — худа, тонка, висока людина. Астенік залишає відчуття крихкості, у нього видовжене обличчя і часто непропорційно велика відносно тіла голова. Так, так, це стереотипний професор, художник, піаніст...

Ну і пікнік, наголос на перше «і». Середнього або малого зросту, з багатою жировою тканиною, тулубом, що розплився, круглою головою на короткій шиї. Має схильність до ожиріння. Хто це? Ну, звичайно, та сама хороша людина, якої повинно бути багато.

Так от, усі ці товариші, даруйте мою фамільярність, мають свої психічні характеристики. Отже, віднісши свого співрозмовника до того чи іншого типу, ви не лише дасте йому смішну назву, а й визначите його особливості, що приведе вас до ефективного спілкування.

Атлетик — владний, раціональний, енергійний. Має негнучке практичне мислення, схильний до категоричних та однозначних суджень. Прагне домінування в стосунках, полюбляє командувати, вміє швидко приймати рішення, хоробрий, агресивний. Це людина-практик, людина справи — лідер, воїн, герой. Схильний приймати «широкі» пози, має впевнені жести, швидку і енергійну ходу. Як із ним спілкуватися? Говоріть чітко, упевнено, по суті, але не намагайтеся бути «вище» за нього, домінувати над ним, він цього не потерпить. Щоб схилити його на свій бік, потрібно продемонструвати йому вигоду, показати, що він отримує, якщо погодиться з вами.



Астенік — натура творча і емоційна, тонка. Його емоції коливаються від роздратування до сухості, упертий, йому складно налагоджувати відносини з іншими людьми. Схильний до абстрактного мислення, роздумів. Іноді придумує щось настільки незвичайне, що навіть сам не може пояснити придумане. Любить самотність, уникає контактів. Його можна позначити як людину-мислителя. Він живе своїми ідеями, фантазіями, планами, задумками, які нерідко відірвані від реальності або складно реалізуються. Спілкуватися з чистим астеніком-тугодумом досить складно, вам допоможуть твердість, доброзичливість і безмежне терпіння. Будьте готові слухати його уважно, давати позитивну оцінку його словам, робити йому компліменти, але без панібратства, погоджуватися, а потім вже озвучувати свою позицію, спираючись на систему аргументів.

Пікнік — «душа компанії», він орієнтований на стосунки з іншими людьми, легко контактує з ними. Емоційний, але на відміну від астеніка, коливається від радості до печалі, вражається новим. Схильний до компромісів і домовленостей. Любить комфорт. Він привітний з усіма, жадає любові і схвалення оточення, у нього багато друзів. Це людина-співрозмовник. Він доброзичливий, м'який, делікатний і безконфліктний. Спілкуватися з ним легко, працювати — складно. Тому в діловому спілкуванні з ним повертайте його до суті справи, направляйте і контролюйте спілкування. Тільки не кричить і не лайтеся, будьте коректні та ввічливі. Пікнік дуже необов'язковий, він може забути про зустріч з адвокатом або спізнитися на неї, пообіцяти щось і не виконати. Така вже його природа! Для нього важливішою є атмосфера вашого спілкування, ніж його зміст та результат. Отже, у контакті з такою людиною вся відповідальність лягає на адвоката.

Звісно, в чистому вигляді ці типи рідко трапляються. Більш того, в реальності кожен з нас так чи інакше є змішаним типом, у якому в різних пропорціях перемішуються риси інших. Проте, визначивши найбільш виражені ознаки тілесної конституції, нехай навіть приблизно, адвокат отримує доступ до цінного ресурсу інформації. Причому інформація ця постійно доступна, її неможливо приховати або спотворити.

МОВА ЖЕСТИВ

Від загальних правил тілесної мови, яку ми освоюємо, перейдемо до жестів, які її створюють. «Читайте» їх і ви краще розумітимете співрозмовника.

Д. Ньорнберг і Г. Калеро розбили жести на групи, залежно від тих позицій, які займають люди в спілкуванні.

Жести відкритості. Сигналізують про те, що людина відкрита спілкуванню з вами і зацікавлена у ньому. На це вказують: руки, розкриті долонями догори (це ще про щирість), знизування плечима, що супроводжується розкриттям рук, розстібання піджака. Постежте за дітьми. Коли вони пишаться своїми досягненнями, то відкрито показують руки, а коли відчувають провини або насторожено ставляться до ситуації — ховають руки за спину або до кишень. Щоб спілкування було успішним, руки мають бути відкриті. Насправді, це правило діє і у зворотний бік. Якщо адвокат хоче вселяти довіру співрозмовнику, йому не варто схрещувати руки на грудях або змикати їх у замок, вони мають бути відкриті, та ще й так, щоб партнер по спілкуванню бачив долоні. Згадайте В. А. Ющенка: «Ці руки нічого не крали!»

Жести захисту. Вони показують, що людина налякана, сприймає ситуацію як загрозову, конфліктну. Найбільш частими жестами захисту є руки, схрещені на грудях або стиснуті в кулаки. Якщо ви помітили у співрозмовника таку реакцію, то вам слід змінити свої жести або мовлення так, щоб співрозмовнику стало комфортніше з вами, і спілкування було конструктивним. Подумайте, чим ви лякаєте співрозмовника. Поки ви не зрозумієте і не усунете це, довірчий контакт неможливий.

Жести оцінювання. Відображають те, як людина сприймає інформацію, яку ви повідомляєте, як вона до неї ставиться. Можуть виражати задумливість і мрійливість: «рука біля щоки» — людина занурена у свої роздуми; критичну оцінку: підборіддя спирається на долоню, вказівний палець витягується уздовж щоки, інші пальці — нижче рота (позиція «почекаємо — подивимось»); уважне слухання: нахилена голова. Якщо людина чухає підборіддя, це вказує на те, що вона перебуває в процесі прийняття рішення, так званий жест «добре, давайте подумаємо». Різноманітні дії з окулярами (протирання стекол, узяття дужки до рота тощо) — співрозмовник намагається виграти час, це пауза для роздумів, він розмірковує над тим, як протистояти вам у спорі.

Жести підозри та скритності. Коли людина підозрює, що у вас є приховані мотиви і не довіряє вам, вона сама схильна приховувати свою позицію. На те, що співрозмовник робить це, вказує,



приміром, рука, що прикриває рота. Якщо людина дивиться убік, а не вам в очі, то це також може бути показником скритності. Людина, яка торкається носа або потирає його, у чомусь сумнівається. Якщо ноги співрозмовника або усе тіло звернені до виходу — це вірна ознака того, що він хоче скоріше закінчити розмову.

Жести перестрашування. Виражають невпевненість або побоювання співрозмовника. Він може гризти ручку або олівець, переплітати пальці рук, при цьому великі пальці потирають один одного, пощипувати шкіру. Характерним лише для жінок жестом перестрашування є повільне та вишукане підняття руки до шиї.

Жести авторитарності. У цілому психологічну зверхність людини легко встановити, для цього вона повинна просто розташовуватися вище за співрозмовника. На авторитарність вказують також підняте вгору підборіддя, з'єднані за спиною руки. Зверхність може виражатися в рукостисканні — це коли співрозмовник прагне потиснути руку так, щоб його долоня лежала поверх вашої. Звідси впливає і зворотне — коли людина простягає вам руку долонею догори, вона демонструє готовність прийняти підпорядковану роль.

Жести нервозності. Пов'язані з тривожністю, невпевненістю людини. Зокрема, якщо людина покашлює, прочищає горло, то це вказує на те, що вона почувається невпевнено і неспокійно. Сіпання себе за вухо — також ознака нервозності, але вказує і на стримуване бажання людини перебити вас.

Жести самоконтролю. Сигналізують про бажання людини впоратися зі своїми емоціями або сильними почуттями, які її переповнюють. Наприклад, руки заведені за спину і там одна сильно стискає іншу або людина сидить у кріслі, схрестивши щиколотки і міцно стискаючи підлокітники.

Жести нудьги. Показують, що людині нецікава розмова, вона не слухає: постукування по підлозі ногою, клацання ручкою, голова, що лежить на долоні, машинальне малювання на папері, перекладання якихось паперів тощо.

«А Я МИЛОГО УЗНАЮ ПО ПОХОДКЕ...»

Пропонуємо впізнавати його ще й за посадкою. Тобто поговоримо про ті психічні особливості, які ховаються за тим, як людина ходить і як вона сидить.

Почнемо все-таки з ходи.

Пряма хода з твердим кроком видає упевнену в собі, рішучу людину, яка усвідомлює свою гідність. Навіть коли така людина поспішає, вона все одно зберігає властиву їй пряму ходу і швидко повертається до нормального темпу.

Людина, якій властива прискорена хода, є гарячою натурою. Вона швидко ходить і швидко думає, прагне швидко жити. Така людина боїться чогось не встигнути в житті.

Повільна хода видає або людей байдужих, або мрійників, які настільки захопилися своїми ідеями, що навіть забули мету свого руху.

Люди, які під час ходьби ховають руки до кишень, критичні і потайні, вони люблять пригнічувати інших, а ті, хто розмахує руками відкрито, — мають ясну мету і готові її реалізувати. Людина в пригнобленому стані не лише ховає руки в кишені, а й насилу тягне ноги, потупивши очі. Такі люди рідко підводять погляд угору або у напрямі свого руху, прямо перед собою.

Тепер про посадку. Тут є кілька основних типів.

Закрита посадка, коли ноги та ступні людини зімкнуті. Це знак того, що людина боїться контактів, відчуває брак упевненості в собі.

Безтурботно-відкрита посадка — ноги або стегна широко розставлені. Брак дисципліни, лінощі, безцеремонність.

Ноги, покладені одна на одну, — природна самовпевненість, благодушний настрій, немає готовності до діяльності чи захисту.

Посадка на кінчику стільця, з випрямленою спиною. Співрозмовник дуже сильно зацікавлений у предметі розмови.

От ми і освоїли основні правила нової, хоча й такої знайомої мови тіла. А щоб адвокат опанував її досконало, зміг застосовувати у своїй діяльності вільно і легко, як і при вивченні будь-якої іншої мови, тут потрібне тільки одне — практика, практика, багато практики!



Слідчому **НАЗВА ВІДДІЛКУ**

КОГО

В ІНТЕРЕСАХ КОГО

ПРО НЕГАЙНЕ ПОВЕРНЕННЯ МАЙНА

10.06.15 р. під час обшуку у приміщенні, яке займає *П. І. Б.* на підставі договору оренди, було вилучено належне йому майно: 4 системні блоки згідно з описом за протоколом обшуку.

Станом на 10:00 12.06.15 р. слідчий чи прокурор у кримінальному провадженні № ____ від _____ року з клопотанням про арешт вилученого майна до _____ районного суду не звертались, про що вже замовлена довідка із суду.

Згідно з ч. 5 ст. 171 КПК України клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, в якій його було вилучено.

Таким чином, законних підстав утримувати належне *П. І. Б.* майно у слідчого відділку в рамках вказаного провадження немає.

З метою недопущення порушення права власності *П. І. Б.* вимагаю негайно повернути йому 4 системні блоки із серійними номерами: _____.

Копію свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю та копію ордера додаю.

ДАТА:

ПІДПИС

Слідчому судді **НАЗВА СУДУ**

КОГО

В ІНТЕРЕСАХ КОГО

КЛОПОТАННЯ про застосування технічних засобів фіксування

Прошу прийняти рішення про фіксацію за допомогою технічних засобів судового розгляду скарги в порядку ст. 303 КПК України, поданої мною в інтересах *П. І. Б.*

ДАТА:

ПІДПИС



Слідчому судді НАЗВА СУДУ

КОГО

В ІНТЕРЕСАХ КОГО

ПИСЬМОВІ ПОЯСНЕННЯ

Згідно з ч. 1 ст. 100 КПК України речовий доказ, який був наданий стороні кримінального провадження або нею вилучений, повинен бути якнайшвидше повернутий володільцю, крім випадків, передбачених статтями 160 — 166, 170 — 174 цього Кодексу (тимчасово вилучені та арештовані речі).

10.06.15 р. під час обшуку у приміщенні, яке займає *П. І. Б.* на підставі договору оренди, було вилучено належне йому майно: 4 системні блоки згідно з описом за протоколом обшуку.

На сьогоднішній момент системні блоки моєму клієнту не повернуто, що суттєво обмежує його право власності та право на підприємницьку діяльність, оскільки вилучення останніх фактично припинило можливість проводити підприємницьку діяльність, позбавляючи *П. І. Б.* права на працю.

Частина 1 ст. 159 КПК України говорить про те, що тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється шляхом зняття копії інформації, що міститься в таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення.

Позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухваленого в порядку, передбаченому цим Кодексом (ч. 1 ст. 16 КПК України).

На сьогоднішній момент вилучене під час обшуку майно в рамках кримінального провадження № ____ від ____ року не має відповідного статусу (наприклад, речові докази) та знаходиться у слідчого без відповідної правової підстави, якою може бути лише тимчасовий доступ чи арешт майна.

На підставі ч. 3 ст. 41 Конституції України ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. А ст. 42 Конституції України гарантує кожному право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працюю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю (ст. 43 Конституції України).

Таким чином, вилучення майна у *П. І. Б.*, який у кримінальному провадженні № ____ від ____ року не має статусу ані підозрюваного, ані обвинуваченого, безпідставно та суттєво обмежує права останнього. Причина утримання 4 системних блоків у рамках вказаного провадження не встановлена, такі суттєві обмеження не обґрунтовані слідчим, а тому системні блоки вже мали бути негайно повернутими законному володільцю.

Більше того, законних підстав у слідчого утримувати таке майно немає.

На підставі вищевикладеного, відповідно до ч. 3 ст. 41, ст. 42, 43 Конституції України, ч. 1 ст. 16, ч. 1 ст. 100, ч. 1 ст. 159, 168, 169, ч. 5 ст. 171 КПК України прошу скаргу на бездіяльність слідчого *НАЗВА ВІД-ДІЛКУ, П. І. Б. СЛІДЧОГО* задовольнити.

ДАТА:

ПІДПИС

Слідчому судді *НАЗВА СУДУ**КОГО*

**СКАРГА
НА БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ СЛІДЧОГО
в порядку ст. 303 КПК України**

10.06.15 р. під час обшуку у приміщенні, яке я займаю на підставі договору оренди, було вилучено належне мені майно: 4 системні блоки згідно з описом за протоколом обшуку.

Станом на 10:00 12.06.15 р. слідчий чи прокурор у кримінальному провадженні № _____ від _____ року з клопотанням про арешт вилученого майна до *НАЗВА СУДУ* не звертались.

Згідно з ч. 5 ст. 171 КПК України клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано **не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна**, інакше **майно має бути негайно повернуто особі**, в якій його було вилучено.

Таким чином, законних підстав утримувати належне мені майно у слідчого відділку в рамках вказаного провадження немає.

З метою недопущення порушення мого права власності мій адвокат 12.06.15 р. звернувся з письмовою вимогою до слідчого та прокурора про негайне повернення вилученого майна, на що отримав негативну відповідь.

Бездіяльність слідчого щодо неповернення належного мені майна є протиправною та такою, що порушує моє право власності та вимоги КПК щодо статусу вилучено під час обшуку майна.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України на досудовому провадженні може бути оскаржена бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у неповерненні тимчасово вилученого майна згідно з вимогами ст. 169 цього Кодексу володільцем тимчасово вилученого майна.

На підставі вищевикладеного, відповідно до ст. 168, 169, ч. 5 ст. 171 КПК України, керуючись п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України, —

ПРОШУ:

1. Визнати бездіяльність слідчого *НАЗВА ВІДДІЛКУ, П. І. Б. СЛІДЧОГО* щодо неповернення тимчасово вилученого під час обшуку майна протиправною.

2. Зобов'язати слідчого *НАЗВА ВІДДІЛКУ, П. І. Б. СЛІДЧОГО* негайно повернути мені 4 системні блоки із серійними номерами: _____, вилучені під час обшуку 10.06.2015 р.

Копію протоколу обшуку додаю.

ДАТА:**ПІДПИС**