



Тема:

Огляд рішень РАУ від 26 лютого 2016 року

с. 3

До питання про забезпечення ВКДКА незалежності та неупередженості КДКА під час здійснення дисциплінарного провадження

с. 9

Огляд справ щодо іноземних країн, розглянутих ЄСПЛ протягом січня 2016 року

с. 41

Правові висновки Верховного Суду України

с. 52



ЗМІСТ

Рішення органів адвокатського самоврядування

Огляд рішень РАУ від 26 лютого 2016 року 3

Міжнародний досвід

Голова НААУ представила оцінки стану адвокатури в Україні Постійному комітету ССВЕ..... 7

НААУ розвиватиме співпрацю з литовською адвокатурою.. 8

Адвокатська діяльність

О. Дроздов, М. Христова, В. Вовнюк

До питання про забезпечення ВКДКА незалежності та неупередженості КДКА під час здійснення дисциплінарного провадження 9

Підсумки засідання ВКДКА 23 — 24 березня 2016 року.... 14

Запитання-відповідь:

Які витрати при визначенні сукупного чистого доходу має право врахувати адвокат, що здійснює незалежну професійну діяльність? 16

Кримінальні справи

А. Сербіна

Як відбувають покарання у дисбаті 18

Цивільні справи

В. Піцикевич

Звільнення за систематичне невиконання працівником трудових обов'язків без поважних причин... 25

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Ізовітова Л. П.

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Гвозд'єв 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



І. Варгараки
Шикана при виконанні зобов'язання 34

В. Михальська
Правові підстави та оскарження рішень
про зупинення соціальних виплат
внутрішньо переміщеним особам 37

Практика ЄСПЛ

О. Дроздов, О. Дроздова
Огляд справ щодо іноземних країн,
розглянутих ЄСПЛ протягом січня 2016 року 41

Щодо відповідальності журналіста за порушення
таємниці кримінального провадження
(на прикладі рішення ЄСПЛ у справі
«Бедат проти Швейцарії») 49

Судова практика

Огляд судової практики Верховного Суду України 52

Майстер-клас

О. Зімовін
Як визначити здібність до навчання 58

Зразки документів

Заперечення на клопотання про продовження
строку досудового розслідування 62

Клопотання про звільнення від кримінальної
відповідальності підозрюваного у скоєнні злочину,
передбаченого ч. 1 ст. 309 КК України 63

Клопотання про звільнення від кримінальної
відповідальності підозрюваного у скоєнні злочину,
передбаченого ч. 1 ст. 173 КК України 64

Головний редактор
Ізовітова Л. П.

Шеф-редактор
Козіна В. В.

Редактор
Ковтун М. С.

Загальний дизайн
Корчемака К. М.

Відповідальний випускаючий
Петрищева А. Ю.

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
2668

Загальний тираж видання
4408 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу
раз на місяць

Дата виходу
18.04.2016 р.

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор»,
2016.

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



ОГЛЯД РІШЕНЬ РАУ

від 26 лютого 2016 року

Підготовлено секретаріатом
Національної асоціації адвокатів України

№	Прийняті рішення	Короткий зміст прийнятих рішень
1	2	3
1	Рішення «Про затвердження Звіту про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні (2013-2016)»	Затверджено Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності на території України (2013 — 2016), підготовлений Комітетом захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ, в якому представлена детальна систематизована інформація про порушення органами правоохоронної системи України прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності з посиланням на конкретні випадки та факти, які стали відомі НААУ, Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ, регіональним органам адвокатського самоврядування та їх комітетам, а також окремим адвокатам, доведена до уваги та реагування уповноважених на те органів
2	Рішення «Про затвердження роз'яснення щодо можливості одночасного представництва інтересів двох або більше позивачів чи відповідачів адвокатом в одному цивільному процесі»	Затверджено роз'яснення щодо можливості одночасного представництва інтересів двох або більше позивачів чи відповідачів адвокатом в одному цивільному процесі, в якому встановлено наступні ключові моменти: — нормами ЦПК України не встановлено прямої заборони одночасного представництва інтересів двох або більше позивачів чи двох або більше відповідачів одним адвокатом в одному цивільному процесі у разі процесуальної співучасті; — при дотриманні усіх вказаних умов, передбачених нормами законодавства України та Правилами адвокатської етики, одночасне представництво інтересів двох або більше позивачів чи двох або більше відповідачів одним адвокатом в одному цивільному процесі є можливим
3	Рішення «Про затвердження роз'яснення щодо права Голови ВКДКА на скерування заяви (скарги) про дисциплінарний проступок адвоката до КДКА іншого регіону»	Роз'яснено, що у контексті положень чинного законодавства України про адвокатуру та адвокатську діяльність та відповідно до Положення і Регламенту ВКДКА, у разі відсутності за будь-яких причин кворуму на засіданнях КДКА (палати) регіону, уповноваженої відповідно до чинного законодавства розглядати заяви (скарги) про дисциплінарний проступок адвоката, Голова ВКДКА (якщо матеріали були скеровані відповідною КДКА до ВКДКА) має право направляти такі заяви (скарги) для розгляду до КДКА іншого регіону
4	Рішення «Про затвердження роз'яснення щодо обчислення стажу роботи помічником адвоката для звільнення від проходження стажування»	Затверджено роз'яснення щодо обчислення стажу роботи помічником адвоката для звільнення від проходження стажування, у якому встановлено, що обчислення стажу роботи помічником адвоката для звільнення від проходження стажування здійснюється відповідно до приписів законодавства України про працю, починаючи з дати початку роботи, визначеної трудовим договором (наказом про прийняття на роботу) між помічником та адвокатом (адвокатським бюро чи об'єднанням), за умови дотримання вимог Положення про помічника адвоката та Порядку ведення ЄРАУ щодо строків подання до відповідної РАУ установлених документів про помічника адвоката)



1	2	3
5	Рішення <i>«Про внесення та затвердження змін до Порядку ведення Єдиного реєстру адвокатів України»</i>	Внесено та затверджено зміни до Порядку ведення Єдиного реєстру адвокатів України, зокрема до статті 2 «Порядок внесення відомостей до ЄРАУ», статті 3 «Відомості, які вносяться до ЄРАУ» та статті 4 «Внесення змін до відомостей, що містяться в ЄРАУ»
6	Рішення <i>«Питання підвищення кваліфікації адвокатів України»</i>	1. Встановлено, що адвокати, які протягом звітного трирічного періоду не набрали встановленої кількості залікових балів (30 балів, з яких не менше 10 балів за кожен рік трирічного періоду оцінювання) та не отримали свідоцтво про підвищення кваліфікації, виконують у встановленому порядку свій обов'язок щодо підвищення кваліфікації та подають відповідні картки облікових балів у термін до 1 червня поточного року. 2. Доручено Вищій школі адвокатури НААУ додатково розробити для адвокатів, зазначених у пункті 2 цього рішення, програми спеціальних курсів для підвищення кваліфікації. 3. Внесено та затверджено зміни до Порядку підвищення кваліфікації адвокатів України, зокрема до пунктів 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 17 розділу 1 Порядку та до розділу 2 «Перехідні положення» Порядку; змінено додатки до Порядку
7	Рішення <i>«Про затвердження у новій редакції Програми складення кваліфікаційного іспиту»</i>	1. Затверджено у новій редакції Програму складення кваліфікаційного іспиту. 2. Установлено, що Програма складення кваліфікаційного іспиту у новій редакції вводиться в дію з 1 червня 2016 року. 3. Програма складення кваліфікаційного іспиту, затверджена рішенням Ради адвокатів України від 1 червня 2013 року № 153, втрачає чинність з моменту введення в дію її нової редакції
8	Рішення <i>«Про затвердження у новій редакції Положення про представництво Національної асоціації адвокатів України за кордоном»</i>	1. Затверджено у новій редакції Положення про представництво Національної асоціації адвокатів України за кордоном. 2. Визнано таким, що втратило чинність, Положення про іноземне представництво НААУ за кордоном, затверджене рішенням Ради адвокатів України від 4 липня 2015 року № 17 (з наступними змінами, внесеними рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2015 року № 159)
9	Рішення <i>«Про затвердження у новій редакції Положення про Комітет по міжнародним зв'язкам»</i>	1. Затверджено у новій редакції Положення про Комітет по міжнародним зв'язкам. 2. Визнано таким, що втратило чинність, Положення про Комітет по міжнародним зв'язкам, затверджене рішенням Ради адвокатів України від 4-5 липня 2014 року № 54
10	Рішення <i>«Про затвердження Положення про Комітет законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності»</i>	Затверджено Положення про Комітет законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності, в якому визначено завдання Комітету, його функції, права, структуру, повноваження Голови та заступників Голови Комітету, а також урегульовано питання організації його роботи



1	2	3
11	<p>Рішення «Про доповнення складу Науково-консультативної ради Національної асоціації адвокатів України»</p>	<p>Включено до складу Науково-консультативної ради НААУ таких науковців: Рабіновича Петра Мойсейовича (доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України); Панова Миколу Івановича (доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, завідувач кафедри кримінального права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого); Стефанчука Руслана Олексійовича (доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України)</p>
12	<p>Рішення «Про затвердження кандидатур на посади проректорів Вищої школи адвокатури Національної асоціації адвокатів України»</p>	<p>Затверджено на посади проректорів Вищої школи адвокатури НААУ кандидатури: Стефанчука Руслана Олексійовича; Ковтун Наталії Ярославівни; Карамана Ігоря Вікторовича</p>
13	<p>Рішення «Про затвердження роз'яснення щодо гарантій адвокатської діяльності та окремих умов дисциплінарної відповідальності»</p>	<p>Затверджено роз'яснення щодо гарантій адвокатської діяльності та окремих умов дисциплінарної відповідальності, у якому встановлено такі ключові моменти:</p> <ul style="list-style-type: none"> — поширення на адвоката гарантій його професійної діяльності не залежить від укладення та змісту договору про надання правової допомоги з конкретним клієнтом; — укладення адвокатом договору про надання правової допомоги слід вважати обов'язком адвоката, передбаченим законом; — можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності за пунктом 7 частини другої статті 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у випадку порушення ним інших обов'язків адвоката, зокрема за надання правової допомоги клієнту без укладення договору про надання правової допомоги, слід оцінювати виходячи із загальних правових умов та порядку притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності; — поєднання адвокатом статусу фізичної особи — підприємця незалежно від виду підприємницької діяльності не є порушенням Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правил адвокатської етики та не може бути підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності; — наявність у особи статусу адвоката передбачає можливість її притягнення до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з підстав, передбачених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»



1	2	3
14	Рішення <i>«Про створення представництва Національної асоціації адвокатів України у Республіці Кіпр»</i>	<ol style="list-style-type: none">1. Створено представництво Національної асоціації адвокатів України у Республіці Кіпр (м. Ларнака).2. Призначено Директором представництва Національної асоціації адвокатів України у Республіці Кіпр представника адвокатів Херсонської області у складі Ради адвокатів України Горощенко Любов Володимирівну (представник України).3. Призначено заступником Директора представництва Національної асоціації адвокатів України у Республіці Кіпр адвоката Джозефа Франгоса (Joseph Frangos) (представник Республіки Кіпр)
15	Рішення <i>«Про створення представництва Національної асоціації адвокатів України у Французькій Республіці»</i>	<ol style="list-style-type: none">1. Створено представництво Національної асоціації адвокатів України у Французькій Республіці (м. Страсбург).2. Призначено Директором представництва Національної асоціації адвокатів України у Французькій Республіці адвоката Бойченка Єгора Леонідовича.3. Призначено заступниками Директора представництва Національної асоціації адвокатів України у Французькій Республіці Дроздова Олександра Михайловича та Карамана Ігоря Вікторовича
16	Рішення <i>«Про відтермінування строку сплати щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування за 2016 рік»</i>	Відтерміновано строк сплати адвокатами Донецької області, Луганської області, Автономної Республіки Крим та міста Севастополя щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування за 2016 рік (у випадку неможливості його сплати) до 31 грудня 2016 року
17	Рішення <i>«Про періодичні видання Вищої школи адвокатури НААУ»</i>	Засновано на базі Вищої школи адвокатури НААУ такі періодичні видання: — науковий журнал «Науковий часопис Вищої школи адвокатури НААУ» (офіційний друкований орган з періодичністю видання — раз на півріччя); — науково-практичний журнал «Прецедентне право Європейського Суду з прав людини» (періодичність видання — раз на півріччя); — всеукраїнська газета «Адвокатська» (періодичність видання — раз на два тижні). Установлено, що випуск зазначених періодичних видань здійснюється за рахунок коштів Вищої школи адвокатури НААУ
Крім того: — затверджено нові редакції установчих документів (положень) регіональних органів адвокатського самоврядування (РАР та КДКА) з огляду на зміни у Податковому кодексі України; — затверджено порядки та регламенти проведення регіональних конференцій адвокатів; — прийнято рішення про створення робочих груп з деяких питань, рішення за результатами розгляду скарг, а також організаційного характеру.		



ГОЛОВА НААУ ПРЕДСТАВИЛА ОЦІНКИ СТАНУ АДВОКАТУРИ В УКРАЇНІ ПОСТІЙНОМУ КОМІТЕТУ ССВЕ

Голова Національної асоціації адвокатів України, голова РАУ Лідія Ізовітова, перебуваючи з візитом у Брюсселі, представила оцінки стану адвокатури в Україні членам Постійного комітету Ради адвокатських та правових товариств Європи (ССВЕ).

У своєму виступі Голова НААУ представила принципи роботи асоціації як єдиної професійної організації, до якої входять майже 33 тисячі адвокатів, а також регіональну структуру та інформаційні інструменти НААУ. Асоціація проводить заходи з підвищення кваліфікації адвокатів і займається дослідженнями історії адвокатури в Україні та виданням книжок. В структурі НААУ працює Вища школа адвокатури.

Звертаючись до членів Постійного комітету ССВЕ, вона акцентувала їхню увагу на зростаючій кількості порушень прав та гарантій адвокатської діяльності. Ідеться про ототожнення адвокатів з клієнтами, погрози адвокатам, в тому числі безпосередньо під час судових засідань. Викликають стурбованість випадки фізичного насильства проти адвокатів, їхніх вбивств та зникнень.

До НААУ надходять звернення адвокатів з приводу відмови судів про забезпечення їхньої безпеки, що також викликає тривогу.

Голова НААУ повідомила, що Асоціація направила інформацію про порушення прав адвокатів та кримінальні злочини щодо них до Президента України та Генерального прокурора. «Після тривалого мовчання ми нарешті отримали лист від Адміністрації президента про те, що наші звернення направлені до правоохоронних органів для врахування у їхній діяльності», — сказала Лідія Ізовітова. Вона наголосила на тому, що НААУ потребує міжнародної підтримки у відстоюванні прав адвокатів та боротьбі з незаконними порушеннями їхніх прав. В тому числі звертається з цієї метою до ССВЕ і вдячна за уже надану підтримку і допомогу у захисті прав та необхідних реформах адвокатури. Лідія Ізовітова подякувала попередньому президенту Ради Ма-



рії Шлазак за її звернення до Президента України та Уряду минулого року на підтримку виключного права адвокатів на представництво в судах. Голова НААУ також висловила вдячність за розгляд заяви на членство у Раді адвокатських та правових товариств Європи, адже НААУ прагне стати повноправним членом європейської адвокатської спільноти.

Також відбулася зустріч Голови НААУ, РАУ Лідії Ізовітової та Голови комітету по міжнародних зв'язках Івана Гречківського з президентом та керівництвом ССВЕ у штаб-квартирі організації (Брюссель, Бельгія). У зустрічі взяли участь президент ССВЕ Мішель Бенішу, співголови комітету РЕСО Константин Парасхо і Ранко Пелікаріч, члени секретаріату ССВЕ Ольга Ковальова та Зіглінде Гамсйегер.

Центральною темою трьохгодинної зустрічі стала ситуація з порушенням прав адвокатів в Україні, яка характеризується кричущими випадками зникнення та вбивств адвокатів. Як запевнили представники комітету РЕСО, це питання буде поставлено ними першочергово у відповідному зверненні до української влади. Представники НААУ передали європейським партнерам Звіт про порушення прав та гарантій адвокатської діяльності та запевнили



у готовності вивчати міжнародний досвід у підготовці таких документів та власне запобіганні порушень прав адвокатів.

Переданий Звіт містить детальний опис порушень за період з 2013 року по початок 2016 року, а також основні висновки та пропозиції НААУ для якнайшвидшого їхнього усунення, посилення захисту прав людини та принципу верховенства права в Україні як результату втілення цих пропозицій. Сторони домовилися, що необхідно напрацювати механізм для постійного оперативного інформування про по-

дальший розвиток ситуації, а також налагодження діалогу між адвокатською спільнотою та українською владою за участю міжнародних партнерів.

Представники НААУ поінформували про підготовку на 25 березня 2016 року спеціального заходу, присвяченого обговоренню цього законопроекту та консолідації пропозицій та зауважень від членів НААУ. Зважаючи на проявлений інтерес з боку ССВЕ до реформування українського законодавства про адвокатуру, НААУ проінформує про підсумки цього обговорення.

НААУ РОЗВИВАТИМЕ СПІВПРАЦЮ З ЛИТОВСЬКОЮ АДВОКАТУРОЮ



17 березня відбулася офіційна зустріч заступника Голови Національної асоціації адвокатів України Валентина Гвоздзя та президента Національної асоціації адвокатів Литви Ігнаса Вегеле, який перебував з візитом в Україні.

Під час розмови були обговорені різні аспекти функціонування адвокатури в Україні та Литві.

Валентин Гвоздій розповів про поточні проблеми адвокатів, наголосивши на трьох основних завданнях НААУ. «Ми бачимо чітку необхідність продовження інституційного зміцнення організації як єдиної запоруки розвитку професії та захисту наших прав. Практична реалізація цього завдання залежить як

від професійних зусиль керівництва всіх органів адвокатського самоврядування, так і від підтримки міжнародних партнерів, чий досвід та позитивний приклад є надзвичайно корисними», — сказав Валентин Гвоздій.

Заступник Голови НААУ наголосив на потребі негайного реформування системи безоплатної правової допомоги, яка наразі є неефективною. Про це свідчать висновки оновленого Звіту НААУ про систему БПД, який був переданий у ході зустрічі литовській стороні. У цьому контексті був обговорений досвід роботи такої системи у Литві.

Спеціальну увагу Валентин Гвоздій та Ігнас Вегеле приділили темі порушень прав та гарантій адвокатської діяльності в Україні. Детальний опис цієї проблеми з прикладами конкретних порушень та рекомендаціями з їхнього виправлення викладений у Звіті НААУ, який був переданий в ході зустрічі президенту Національної асоціації адвокатів Литви.

За підсумками зустрічі досягнуто домовленість розробити та підписати двосторонній Меморандум про дружбу та співпрацю між Національними асоціаціями адвокатів України та Литви.

Валентин Гвоздій також представив литовському колезі Звіт про діяльність НААУ в 2015 році, який буде поширений серед усіх міжнародних партнерів НААУ.



ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВКДКА НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА НЕУПЕРЕДЖЕНОСТІ КДКА ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ДИСЦИПЛІНАРНОГО ПРОВАДЖЕННЯ



Олександр Дроздов,
адвокат, Голова ВКДКА,
перший проректор
Вищої школи адвокатури,
к. ю. н., доцент



Марія Христова,
помічник адвоката,
юрисконсульт ВКДКА



Віктор Вовнюк,
адвокат,
Керівник Секретаріату
ВКДКА

На сучасному етапі реформування адвокатури України як недержавного самоврядного інституту, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури у встановленому порядку, є однією з невід'ємних складових Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015 — 2020 рр.¹, схваленої Указом Президента України від 20.05.15 р. № 276/2015.

У розділі 5 Стратегії, в якому визначено систему завдань, заходів та результатів реформування, наголошується на посиленні гарантій здійснення адвокатської діяльності, забезпечення доступності безоплатної правової допомоги. Виконання наведених завдань вбачається шляхом забезпечення балансу повноважень органів адвокатського самоврядування, у тому числі

кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури²; удосконалення системи підзвітності органів адвокатського самоврядування, посилення відповідальності їх членів; підвищення вимог до здійснення адвокатської діяльності, зокрема посилення професійних та морально-етичних вимог до осіб, які мають намір отримати статус адвоката, та дисциплінарного контролю

¹ Далі за текстом — Стратегія.

² Далі за текстом — КДКА.



професії; уточнення підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, удосконалення правил дисциплінарного провадження щодо адвоката, диференціювання видів санкцій, які можуть бути застосовані до адвоката (п. 5.6 розділу 5 Стратегії). Таким чином, важливу роль у реформуванні адвокатури України відведено питанням дисциплінарного провадження щодо адвоката у КДКА. Нагадаємо, що Законом України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³, а також рішеннями З'їзду адвокатів України, Ради адвокатів України⁴, конференції адвокатів регіону КДКА наділено досить широкими повноваженнями, зокрема й з питань прийняття рішень про зупинення або припинення права на заняття адвокатською діяльністю та здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвокатів (ст. 50 Закону № 5076).

Слід мати на увазі, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9 Конституції України). Статтею 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. встановлено, що кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод⁵ була ратифікована Законом України від 17.07.97 р. № 475/97 та набрала чинності для України з 11.09.97 р.

Втім відповідно до ст. 32 КЗПЛ, зі змінами, внесеними Протоколом № 11, питання тлумачення й застосування цієї КЗПЛ та протоколів до неї підпадають під юрисдикцію Європейського суду з прав людини⁶. Обов'язковість цієї юрисдикції визнана Україною під час ратифікації КЗПЛ, що закріплено в Законі України від 17.07.97 р. № 475/97. Крім того, для довідки зазначимо, що Законом України від 22.02.2000 р. № 1484 «Про ратифікацію Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари» було ратифіковано відповідний Протокол № 6 до КЗПЛ, який набрав

чинності для України 01.05.2000 р.; Законом України від 09.02.06 р. № 3435 «Про ратифікацію Протоколів № 12 та № 14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» було ратифіковано згадані протоколи. При цьому Протокол № 14 змінив контрольну систему КЗПЛ і вніс до неї відповідні зміни, і зазначені протоколи набрали чинності для України 01.07.06 р. та 01.06.10 р. відповідно.

Також згідно зі ст. 17 Закону України від 23.02.06 р. № 3477 «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди повинні застосовувати при розгляді справ КЗПЛ та практику ЄСПЛ як джерело права.

Враховуючи, що Україна визнає юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування КЗПЛ, то застосування судами КЗПЛ має здійснюватись з обов'язковим урахуванням практики ЄСПЛ не тільки щодо України, а й щодо інших держав.

Виклад цих міркувань, а також аналіз положень ст. 50 та інших відповідних статей Закону № 5076 з урахуванням практики ЄСПЛ дає підстави стверджувати, що КДКА є за своєю правовою природою «квазісудовим органом».

Далі, задля належного обґрунтування вищенаведеної тези коротко наведемо відповідні аргументи, які знайшли своє підтвердження у ЄСПЛ, Верховному Суді України⁷ та Вищому адміністративному суді України⁸. Як відомо, згідно з ч. 2 ст. 59 Конституції України для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура. Статтею 2 Закону № 5076 визначено, що адвокатура — недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому Законом.

Натомість, відповідно до п. 4 ч. 3 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України юрисдикція адміністративних судів не поширюється на публічно-правові

³ Далі за текстом — Закон № 5076.

⁴ Далі за текстом — РАУ.

⁵ Далі за текстом — КЗПЛ.

⁶ Далі за текстом — ЄСПЛ.

⁷ Далі за текстом — ВСУ.

⁸ Далі за текстом — ВАСУ.



спори щодо відносин, які відповідно до закону, статуту (положення) об'єднання громадян віднесені до його внутрішньої діяльності або виключної компетенції. Разом з тим, згідно з ч. 5 ст. 50 Закону № 5076 КДКА наділена повноваженнями приймати рішення про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Отже, це свідчить про те, що суспільний інтерес, а відтак і публічно-правовий характер правовідносин впливає з повноти реалізації функцій адвокатури із захисту прав невизначеного кола осіб.

З огляду на викладене, судові палати у цивільних та адміністративних справах ВСУ у постанові від 27.01.16 р. по справі № 6-2750цс15 зробили правовий висновок, що **спір з КДКА з питань дисциплінарного провадження є публічно-правовим**, оскільки стосується позбавлення особи права на зайняття адвокатською діяльністю.

Аналогічна інтерпретація досліджуваного феномену здійснена й у практиці ЄСПЛ. Проаналізуємо окремі з таких рішень. ЄСПЛ вважає, що у сферу дії п. 1 ст. 6 (Право на справедливий суд) КЗПЛ входять судові розгляди, які відповідно до внутрішнього законодавства знаходяться у сфері «публічного права» і результати яких є вирішальними для прав і обов'язків приватних осіб. З цих же причин ст. 6 КЗПЛ застосовна до дисциплінарних проваджень у спеціалізованих органах, коли право займатися певною професією виявляється під загрозою (див. рішення ЄСПЛ у справах «ЛеКонт, Ван Левен і Де Мейер проти Бельгії», «Філіс проти Греції (№ 2)»). Зауважимо, що ЄСПЛ виділені істотні ознаки «квазісудового органу»: створений на основі закону, незалежний, наділений компетенцією по вирішенню певного роду справ відповідно до встановленої процедури (рішення у справі «Чahal проти Сполученого Королівства»). До речі, усе це повною мірою повинно стосуватися не лише КДКА, але й Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури⁹ та інших організаційних форм адвокатського самоврядування, зокрема Національної асоціації адвокатів України, РАУ, рад адвокатів регіонів. Наприклад, ЄСПЛ, розглянувши справу «Бузеску проти Румунії», у постанові від 24.05.05 р. зазначив, що Рада адвокатів Румунії є законодавчо визначеним органом, який наділений адміністративними, а також нормотворчими повноваженнями та має на меті забезпечення загального

суспільного інтересу, що стосується адвокатів, через здійснення публічного контролю.

Поряд з наведеним слід зазначити, що забезпечення права на справедливий суд визначено одним зі стратегічних напрямів у Національній стратегії у сфері прав людини, затвердженій Указом Президента України від 25.08.15 р. № 501/2015. У цьому документі наголошується, що неналежним чином забезпечується право на незалежний, безсторонній та неупереджений суд, про що свідчить серед іншого й недосконалість процесуальних інструментів для захисту прав та інтересів осіб і невідповідність міжнародним стандартам законодавства у сфері судочинства та практики його застосування.

І ось тут найгострішим, найактуальнішим для нашої теми постає питання про те, яким гарантіям ст. 6 КЗПЛ повинно відповідати дисциплінарне провадження. Відповідь на це питання, вочевидь, знову ж таки слід шукати у площині практики ЄСПЛ. Аналогічним чином, той факт, що повноваження з вирішення справи мають професійні дисциплінарні органи, сам по собі не порушує КЗПЛ. Проте за таких обставин КЗПЛ закликає до використання хоча б однієї з наступних двох систем: професійні дисциплінарні органи самі відповідають вимогам ст. 6 КЗПЛ або вони їм не відповідають, але їх рішення підлягають подальшому перегляду «судовим органом, що володіє повною юрисдикцією», де надаються гарантії п. 1 ст. 6 (див. рішення ЄСПЛ у справах «Альберт і ЛеКонт проти Бельгії» (п. 29); «Готран та інші проти Франції» (п. 57)). Таким чином, ЄСПЛ постійно підкреслював, що відповідно до п. 1 ст. 6 необхідно, щоб рішення адміністративних (дисциплінарних) органів, які самі по собі не задовольняють вимогам цієї статті, були предметом подальшого контролю «судовим органом, що володіє повною юрисдикцією» (див. рішення ЄСПЛ у справі «Ортенберг проти Австрії» (п. 31)). Водночас концепція, яка відображена в положеннях Закону щодо дисциплінарного провадження з урахуванням правозастосовної практики, свідчить про поєднання двох наведених систем: професійні дисциплінарні органи адвокатського самоврядування в Україні самі відповідають вимогам ст. 6 КЗПЛ, а також їх рішення є предметом подальшого контролю «судовим органом, що володіє повною юрисдикцією» (див. ст. 42, 52 Закону).

⁹ Далі за текстом — ВКДКА.



Задля наочності наведемо систему вимог, які висувуються до суду (квазісудових органів) та впливають зі змісту ст. 6 КЗПЛ. Отже, за практикою ЄСПЛ ст. 6 КЗПЛ включає низку **організаційних вимог**: 1) поняття «суду» (автономне поняття, рівень юрисдикції, перегляд рішення судом, що володіє повною юрисдикцією, виконання судових актів); 2) створення на підставі закону; 3) незалежність і неупередженість (загальні положення, незалежний суд, неупереджений суд), та **процедурних вимог**: 1) справедливості (загальні принципи, сфера застосування, четверта інстанція, змагальний процес, рівність сторін, регулювання використання доказів; обґрунтованість судових рішень); 2) публічний розгляд справи (розгляд справи, оголошення судового рішення); 3) загальна тривалість розгляду справи (визначення тривалості судового розгляду, оцінка вимоги розумного строку).

Таким чином, дисциплінарне провадження у КДКА повинно відповідати таким організаційним вимогам, як незалежність і неупередженість.

Нагадаємо шановним читачам, що відповідно до ст. 33 Закону дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури за адресою робочого місця адвоката, зазначеною в Єдиному реєстрі адвокатів України¹⁰. Натомість з метою забезпечення незалежності і неупередженості дисциплінарне провадження у КДКА ч. 2 ст. 63 Правил адвокатської етики¹¹, які затверджені Установчим з'їздом адвокатів України 17.11.12 р., встановлено, що у разі звернення із скаргами щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності за порушення ПАЕ адвокатів, яких обрано до органів адвокатського самоврядування, чи якщо скаржниками стосовно порушення ПАЕ виступають адвокати, яких обрано до органів адвокатського самоврядування, з метою забезпечення неупередженості та об'єктивності при розгляді зазначених скарг ВКДКА забезпечує перерозподіл та направлення таких заяв (скарг) для розгляду до КДКА іншого регіону, ніж регіон, в якому зазначений адвокат входить до органів адвокатського самоврядування. На виконання вимог ст. 63 ПАЕ та в силу положень п. 2.3 Регламенту ВКДКА Голова ВКДКА скерує до КДКА скарги, що надійшли стосовно осіб, визначених ст. 63 ПАЕ.

Наведені питання також були предметом судових розглядів. Далі коротко наведемо аргументацію ВАСУ, який поставив крапку в судових спорах. А саме, ухвалою ВАСУ від 17.02.16 р. у адміністративній справі № 821/4644/13-а (касаційне провадження № К/800/33900/14)¹² підтверджений пріоритет застосування ст. 63 ПАЕ, зокрема відносно того, що ВКДКА правомірно забезпечує перерозподіл та направлення заяв (скарг) стосовно адвокатів — членів органів адвокатського самоврядування, для розгляду до КДКА іншого регіону, ніж регіон, в якому зазначений адвокат входить до органів адвокатського самоврядування.

Так, суд касаційної інстанції дійшов висновку, що ВКДКА з метою забезпечення неупередженості та об'єктивності при розгляді зазначеної скарги, враховуючи положення ст. 63 ПАЕ, діяла в межах своїх повноважень та відповідно до вимог чинного законодавства України про адвокатуру.

Слід зазначити, що оскаржуваним рішенням ВКДКА було скасовано рішення КДКА регіону про відмову в порушенні дисциплінарної справи стосовно Позивача — члена органу адвокатського самоврядування та перенаправлено скаргу і матеріали справи до КДКА іншого регіону. У зв'язку з цим Позивач звернувся до адміністративного суду з позовом про визнання протиправним та скасування зазначеного рішення. В обґрунтування адміністративного позову Позивач стверджував, що в силу ст. 33 Закону № 5076 саме КДКА регіону, в якому він є членом органу адвокатського самоврядування, має розглядати подану стосовно Позивача скаргу.

Як обґрунтовувалося у судах представниками ВКДКА, положенням ст. 33 Закону № 5076 передбачено **загальні умови дисциплінарної відповідальності**. Так, у ч. 3 наведеної статті зазначається, що дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється КДКА регіону за адресою робочого місця адвоката, зазначеною в ЄРАУ. Разом з тим ч. 2 ст. 63 ПАЕ врегульовано, як вже зазначалося, що у разі звернення зі скаргами щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності за порушення ПАЕ адвокатів, яких обрано до органів адвокатського самоврядування, з метою забезпечення неупередженості та об'єктивності при

¹⁰ Далі за текстом — ЄРАУ.

¹¹ Далі за текстом — ПАЕ.

¹² <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55908576>.



розгляді зазначених скарг ВКДКА забезпечує перерозподіл та направлення таких заяв (скарг) для розгляду до КДКА іншого регіону, ніж регіон, в якому зазначений адвокат входить до органів адвокатського самоврядування. Статтею 1 ПАЕ визначено, що норми ПАЕ не відмінюють і не замінюють положень чинного законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, а **доповнюють і конкретизують його**.

Отже, наведеною нормою ПАЕ визначено співвідношення Правил адвокатської етики і чинного законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. **Відтак положення ст. 63 ПАЕ є спеціальною нормою, що має застосовуватись відносно положень норми загальної, а саме ст. 33 Закону, з метою справедливого, всебічного, повного та неупередженого розгляду спору.** Таким чином, зазначене положення ПАЕ повною мірою узгоджується з чинним законодавством та відповідає йому, а самі ПАЕ, в тому числі ст. 63, є обов'язковими до виконання.

При цьому приписами ч. 1 ст. 57 Закону № 5076 встановлено, що рішення З'їзду адвокатів України та РАУ є обов'язковими до виконання всіма адвокатами. У ч. 1 ст. 43 цього Закону зазначається, що адвокатське самоврядування ґрунтується на принципах виборності, гласності, обов'язковості для виконання адвокатами рішень органів адвокатського самоврядування, підзвітності, заборони втручання органів адвокатського самоврядування у професійну діяльність адвоката. ВКДКА та КДКА регіону, будучи органами адвокатського самоврядування та діючи на підставі чинного законодавства України, зобов'язані дотримуватися та виконувати ПАЕ, затверджені Установчим з'їздом адвокатів України.

Як уже наголошувалося, право на справедливий судовий розгляд гарантоване також ст. 6 КЗПЛ, у ч. 1 якої, серед іншого, передбачено, що «кожен має право на справедливий розгляд його справи <...> незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків <...>». При

цьому наявність безсторонності визначається в тому числі і тим, чи забезпечуються умови, за яких у сторін не виникало б будь-яких сумнівів у безсторонності судді та всього складу суду при розгляді заяви. Відтак у випадку звернення фізичних чи юридичних осіб із скаргами (заявами) на неправомірні дії адвоката, якого обрано до органу адвокатського самоврядування, скаржнику (заявнику) повинно бути забезпечено право на справедливий та неупереджений розгляд. Враховуючи, що при розгляді такого звернення дисциплінарною комісією КДКА того регіону, де адвокат є членом органу адвокатського самоврядування, об'єктивно неможливо гарантувати неупередженість членів палати, у цьому випадку необхідно керуватися вищевказаним принципом права та нормою міжнародного договору і проводити розгляд скарги (заяви) у КДКА іншого регіону, інакше фактично порушується фундаментальний принцип «nemo esse debet iudex in propria causa» (ніхто не може бути суддею у своїй власній справі).

Слід зазначити, що скарги на членів ВКДКА, членів РАУ та членів Вищої ревізійної комісії адвокатури, місцезнаходженням яких є місто Київ, підлягають розгляду у КДКА регіону за робочим місцем такого члена, зазначеного в ЄРАУ. У цьому випадку також дотримується виконання вимог ст. 63 ПАЕ, ст. 33 Закону, оскільки адвокат не входить до складу органу адвокатського самоврядування регіону, з якого його було обрано членом у вищі органи адвокатського самоврядування.

Винятком у таких правовідносинах можуть стати ситуації, коли робочим місцем адвоката, який є членом вищих органів адвокатського самоврядування, є регіон м. Київ. Це пов'язано з тим, що вищі органи адвокатського самоврядування розташовані також у цьому регіоні. А отже, на виконання вимог чинного законодавства скарги на таких адвокатів повинна розглядати КДКА іншого регіону, що, у свою чергу, узгоджується із ст. 63 ПАЕ та ст. 33 Закону.



ПІДСУМКИ ЗАСІДАННЯ ВКДКА 23 — 24 БЕРЕЗНЯ 2016 РОКУ

Підготовлено Секретаріатом ВКДКА

23 — 24 березня 2016 року у конференц-залі «Панський» готельно-ресторанного комплексу «Козацький стан» відбулося дводенне засідання Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури¹. На засіданні комісії 23 березня були присутні 19 членів ВКДКА, за 8 скаргами на засідання з'явилися сторони. Наступного дня були присутні 23 члени комісії, при цьому за 10 скаргами з'явилися сторони. Цей факт свідчить про відкритість і прозорість роботи комісії.

За результатами розгляду 50 скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури² регіонів членами комісії прийнято 34 рішення, з яких 24 — про залишення скарг без задоволення, а рішень КДКА — без змін; 4 — про скасування рішення КДКА та ухвалення нового рішення; 4 — про скасування рішень КДКА та направлення справ на новий розгляд до відповідної КДКА регіону із зобов'язанням вчинити певні дії, а також 2 рішення прийнято за скаргами на дії чи бездіяльність КДКА регіонів. Розгляд 16 скарг було відкладено.

Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³ передбачена можливість адвоката чи особи, яка ініціювала питання про дисциплінарну відповідальність адвоката, оскаржити рішення дисциплінарної палати КДКА⁴ за двома стадіями дисциплінарного провадження — рішення про порушення дисциплінарної справи або про відмову в порушенні дисциплінарної справи (відповідно до ч. 3 ст. 39 Закону) та рішення у дисциплінарній справі (відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону).

Так, за результатами розгляду двох скарг адвоката П. на рішення ДП КДКА Київської області від 19.08.15 р. про порушення відносно нього дисциплінарної справи та від 21.10.15 р. про притягнення його до дисциплінарної відповідальності у цьому ж дисциплінарному провадженні ВКДКА, об'єднавши зазначені скарги

в одне провадження, прийняла рішення наступного змісту. Першу скаргу адвоката П. на рішення ДП КДКА Київської області, яким було порушено дисциплінарну справу відносно нього, — залишила без задоволення, а вказане рішення — без змін, враховуючи безпідставність доводів, наданих адвокатом, та правильність висновку ДП КДКА Київської області про наявність у діяч адвоката ознак дисциплінарного проступку. Провадження за другою скаргою адвоката П. на рішення ДП КДКА Київської області від 21.10.15 р. про притягнення його до дисциплінарної відповідальності закрито виходячи з принципу правової визначеності та на підставі п. 3.49 Регламенту ВКДКА. Комісією було встановлено, що адвокат П. одночасно з оскарженням до ВКДКА рішення ДП КДКА від 21.10.15 р. про притягнення його до дисциплінарної відповідальності оскаржив його в судовому порядку. Згідно з ухвалою Окружного адміністративного суду м. Києва від 26.11.15 р. відкрито провадження у справі № 826/25745/15 за позовом адвоката П. до КДКА Київської області про визнання протиправним та скасування рішення і призначено справу до судового розгляду. У цій частині рішення ВКДКА діяла відповідно до п. 3.16 Регламенту та забезпечила право адвоката П. на справедливий суд, яке включає в себе право на доступ до правосуддя, гарантоване ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Конвенція гарантує кожному право

¹ Далі за текстом — ВКДКА.

² Далі за текстом — КДКА.

³ Далі за текстом — Закон.

⁴ Далі за текстом — ДП КДКА.



на подання до суду скарги, пов'язаної з його або її правами та обов'язками (п. 36 рішення від 21.02.75 р. у справі «Голдер проти Сполученого Королівства»). На це «право на суд», в якому право на доступ до суду є одним з його аспектів, може посилатися кожен, хто небезпідставно вважає, що втручання у реалізацію його або її прав цивільного характеру є неправомірним (п. 30 рішення у справі «Наталія Михайленко проти України» від 30.08.13 р., заява № 49069/11).

ВКДКА забезпечує об'єктивний та повний розгляд скарг і запобігає порушенню прав сторін під час дисциплінарного провадження. Так, до ВКДКА звернувся гр. С. зі скаргою на рішення ДП Київської міської КДКА від 17.09.15 р., яким було закрито дисциплінарну справу відносно адвоката Б. у зв'язку з відсутністю в діях адвоката Б. ознак дисциплінарного проступку та підстав для притягнення до дисциплінарної відповідальності. ВКДКА, перевіривши матеріали справи, дійшла висновку про те, що ДП КДКА регіону неправомірно закрила дисциплінарне провадження відносно адвоката Б. з мотивів відсутності в його діях ознак дисциплінарного проступку, оскільки така підстава для ухвалення рішення регіональною КДКА передбачена лише для стадії розгляду питання про порушення дисциплінарної справи. Також ВКДКА вбачає в діях адвоката Б. порушення ст. 31 ПАЕ, оскільки між адвокатом і клієнтом був укладений договір позики (майнового характеру), та ст. 26 ПАЕ, що виразилося в неінформуванні адвокатом клієнта на вимогу останнього про хід виконання доручення. Таким чином, рішенням ВКДКА скарга гр. С. була задоволена частково, рішення ДП Київської міської КДКА від 17.09.15 р., яким було закрито дисциплінарну справу відносно адвоката Б., скасовано. Ухвалено нове рішення, яким у частині, що стосується порушення адвокатом ст. 31 ПАЕ, закрито дисциплінарне провадження у зв'язку зі спливом строку для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, а в частині порушення адвокатом положень ст. 26 ПАЕ — притягнуто адвоката Б. до дисциплінарної відповідальності і застосовано до нього дисциплінарне стягнення у вигляді попередження.

Відповідно до ч. 6 ст. 52 Закону рішення ВКДКА приймаються шляхом голосування більшістю голосів, тобто за відповідний проект рішення, який підготовлений на засідання членом ВКДКА — доповідачем

по конкретній скарзі, мають проголосувати шістнадцять або більше членів. У разі якщо за задоволення скарги особи на рішення КДКА не проголосувало вказаної кількості членів комісії, вона вважається відхиленою, що також є рішенням ВКДКА, яке не потребує окремого голосування.

Так, ВКДКА з указаних вище підстав скарга адвоката Д. була залишена без задоволення, а рішення ДП КДКА Дніпропетровської області від 23.09.15 р. про порушення дисциплінарного провадження відносно нього як адвоката та рішення ДП КДКА Дніпропетровської області від 15.10.15 р. про притягнення до дисциплінарної відповідальності та застосування до нього дисциплінарного стягнення у вигляді позбавлення права на зайняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України, припинення права на зайняття адвокатською діяльністю шляхом анулювання свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю — залишені без змін. Так, регіональна КДКА, застосовуючи відносно адвоката найсуворіший вид дисциплінарного стягнення, врахувала особу адвоката, його ставлення до професійних обов'язків, кількість дисциплінарних стягнень, що застосовувались до нього протягом останнього року, а також факт порушення ним вимог частини 5 статті 31 Закону. Вказаний факт підтверджується ухвалою апеляційного суду Дніпропетровської області від 11.12.14 р., якою було скасовано вирок Амур-Нижньодніпровського районного суду Дніпропетровської області від 16.10.14 р. відносно гр. Р. у зв'язку з тим, що адвокат Д. здійснював захист обвинуваченої, не маючи на те права, у зв'язку із зупиненням на цей період дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю.

Відповідно до ст. 52 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» ВКДКА має право, зокрема, залишити скаргу без задоволення, а рішення КДКА без змін. Зазначений вид рішень приймається комісією за результатом розгляду скарги на рішення, дії чи бездіяльність регіональних КДКА, якщо ДП КДКА вирішує справу по суті правильно, з дотриманням вимог Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Як зазначалося вище, такі рішення на засіданні ВКДКА, що відбулося 23 — 24 березня 2016 року, були прийняті за результатами розгляду майже двох третин скарг.



Які витрати при визначенні сукупного чистого доходу має право врахувати адвокат, що здійснює незалежну професійну діяльність?

Запорізька обл.

Відповідно до п. 178.3 ст. 178 Податкового кодексу України¹ адвокати як особи, які провадять незалежну професійну діяльність, мають право на вирахування з суми отриманого доходу документально підтверджених витрат, необхідних для провадження їх незалежної професійної діяльності.

Узагальнюючою податковою консультацією щодо деяких питань оподаткування фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (приватних нотаріусів, адвокатів)², затвердженою наказом Державної податкової служби України від 24.12.12 р. № 1185, визначено необхідний перелік витрат, обумовлений вимогами Закону України від 05.07.12 р. № 5076 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», які можуть бути враховані для визначення сукупного чистого доходу фізичними особами при здійсненні незалежної адвокатської діяльності, а саме:

— орендна плата за користування приміщенням, яке є робочим місцем адвоката, у тому числі його поточний ремонт, обладнання пандуса для під'їзду інвалідів;

— технічне забезпечення діяльності робочого місця адвоката та його обслуговування (охоронна та пожежна сигналізація, вогнестійкий сейф, інформаційна вивіска, металеві двері або металеві ролети);

— обслуговування технічного обладнання (комп'ютери, у тому числі їх програмне забезпечення, принтери, сканер, ксерокс, факс, телефон тощо);

— витрати на виготовлення печаток та штампів, а також їх заміну;

— сплата щорічних внесків адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування;

— відкриття рахунків у банках та їх розрахунково-касове обслуговування (депозитні рахунки);

— оплата праці та обов'язкові нарахування на фонд оплати праці помічників, секретарів, стажистів (найманих працівників);

— проходження підвищення кваліфікації адвокатом; участь у короткотермінових семінарах, симпозиумах, науково-практичних конференціях; удосконалення професійної майстерності. Придбання та передплата юридичної літератури (книг, журналів, дисків, програм тощо);

— витрати на збирання доказів, отримання висновків спеціалістів (експертів) відповідно до умов договору про надання правової допомоги;

— витрати на користування електронною базою законодавства;

— витрати на підключення та користування мережею Інтернет;

— виготовлення бланків (у тому числі ордерів) із зазначенням прізвища, імені та по батькові адвоката, номера і дати видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю;

— придбання канцелярського приладдя;

— сплата адвокатами внесків до Пенсійного фонду України³, у тому числі на користь найманих працівників, та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування;

— програмне забезпечення;

— поштові та кур'єрські послуги, необхідні для виконання адвокатської діяльності;

— витрати на послуги телекомунікаційного зв'язку, електронні цифрові підписи для ведення бухгалтерського та податкового обліку та для подання податкової звітності, звітності до органів

¹ Далі за текстом — ПК.

² Далі за текстом — наказ № 1185.

³ Далі за текстом — ПФУ.



статистики, ПФУ, інших фондів загальнообов'язкового державного страхування.

Порядок оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу⁴, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 17.09.14 р. № 465. При цьому перелік витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, визначено узагальнюючою податковою консультацією, яка затверджена наказом Міндоходів України від 30.12.13 р. № 885.

Як вбачається з роз'яснення Державної фіскальної служби України від 23.02.16 р., що міститься у Загальнодоступному інформаційно-довідковому ресурсі «ЗІР», при визначенні сукупного річного чистого доходу фізичних осіб, які здійснюють незалежну адвокатську діяльність та надали у звітному податковому році безоплатну вторинну правову допомогу, у разі отриман-

ня з бюджету відшкодування витрат відповідно до постанови № 465 та включення сум зазначеного відшкодування до доходу такі фізичні особи мають право враховувати, крім витрат, передбачених наказом № 1185, додаткові документально підтверджені витрати, пов'язані з наданням безоплатної вторинної правової допомоги, зокрема:

- витрати на проїзд транспортом загального користування (крім авіаційного, залізничного у м'яких вагонах поїздів, суднами морського та річкового транспорту);

- витрати на придбання пально-мастильних матеріалів у разі використання власного транспортного засобу у нічний час або в сільській місцевості чи за відсутності сполучення транспортом загального користування.

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

⁴ Далі за текстом — постанова № 465.



ЯК ВІДБУВАЮТЬ ПОКАРАННЯ У ДИСБАТІ



Анастасія Сербіна, аналітик Видавничого будинку «Фактор», адвокат

Останнім часом зросли показники злочинності у сфері встановленого порядку несення військової служби (військових злочинів) у порівнянні з «мирним» часом. У більшості випадків суди замінюють покарання з позбавлення волі на тримання у дисциплінарному батальйоні¹ військовослужбовців. Про особливості такого виду покарання ми і поговоримо.

На сьогоднішній момент в Україні діє один єдиний дисциплінарний батальйон — військова частина А0488, що знаходиться у м. Київ.

Відповідно до ст. 72 Кримінального кодексу України² покарання у вигляді тримання в дисбаті призначається на строк **від шести місяців до двох років** у випадках, передбачених цим Кодексом, а також якщо суд, враховуючи обставини справи та особу засудженого, **вважатиме за можливе замінити позбавлення волі**

на строк не більше двох років триманням у дисбаті на той самий строк.

Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців замість позбавлення волі **не може застосовуватися до осіб, які раніше відбували покарання у вигляді позбавлення волі.**

Тримання у дисциплінарному батальйоні призначається:

1	військовослужбовцям строкової служби
2	військовослужбовцям, які проходять військову службу за контрактом
3	особам офіцерського складу, які проходять кадрову військову службу
4	особам офіцерського складу, які проходять військову службу за призовом
5	військовослужбовцям, призваним на військову службу під час мобілізації, на особливий період (крім військовослужбовців-жінок)

Порядок відбуття покарання у вигляді тримання в дисбаті регулюється Кримінально-виконавчим кодексом України³ та Інструкцією про порядок відбуття покарання

засуджених військовослужбовців у виді тримання в дисциплінарному батальйоні⁴, затвердженою наказом Міністерства оборони України від 18.05.15 р. № 125.

¹ Далі за текстом — дисбат.

² Далі за текстом — КК.

³ Далі за текстом — КВК.

⁴ Далі за текстом — Інструкція.



Підставою для тримання засуджених військово-службовців у дисциплінарному батальйоні є вирок суду, який набрав законної сили. До направлення до дисбату місцем попереднього ув'язнення військово-службовців є гауптвахта, строк перебування на якій відповідно до п. 1 ч. 1 та ч. 5 ст. 72 КК зараховується із подвійним коефіцієнтом.

Метою цього виду покарання є виправлення та перевиховання засуджених у дусі чесного ставлення до праці та військової служби, суворого додержання ними Конституції та законів України, неухильного виконання Військової присяги і статутів Збройних Сил України та запобігання вчиненню ними нових кримінальних правопорушень.

Основними засобами виправлення і ресоціалізації засуджених військово-службовців є встановлений порядок виконання та відбування покарання (режим), суспільно-корисна праця, соціально-виховна робота, громадський вплив, військове навчання.

Засоби виправлення та ресоціалізації засуджених військово-службовців застосовуються з урахуванням виду покарання, характеру, ступеня суспільної небезпеки, мотивів вчинення кримінального правопорушення та поведінки засудженого, а також його ставлення до праці та виконання вимог статутів Збройних Сил України.

ПРИЙОМ ЗАСУДЖЕНИХ

Усі засуджені військово-службовці, які прибули до дисбату, підлягають обов'язковому обшуку та медичному огляду, а їх обмундирування і натільна білизна — спеціальній обробці (пранню).

Обшук може бути повним і неповним. Повному обшуку підлягають засуджені під час прийому до дисбату, перед відправкою за його межі, при розміщенні на гауптвахту, а також при надходженні інформації про те, що ці особи мають предмети або речовини, заборонені до зберігання і використання.

Командир дисциплінарного батальйону (його заступник) під час прийому засуджених військово-службовців **проводить особисту бесіду** із засудженим військово-службовцем, що прибув, під час якої з'ясовує: склад його сім'ї, освіту, рід занять до призову або прийому на військову службу, посаду, яку він обіймав до засудження, скарги, побажання та інші питання, які можуть впливати на його виправлення та ресоціалізацію, задоволення його релігійних

потреб, а також **доводить під підпис** засудженому військово-службовцю порядок та умови відбування покарання, його права, обов'язки, при цьому звертає особливу увагу на порядок застосування зброї чатовими або особовим складом варти у випадку порушення засудженим режиму тримання у дисциплінарному батальйоні.

До повного вивчення супровідних документів, але не більше 10 діб, засуджений військово-службовець **утримується окремо від інших засуджених** військово-службовців. У цей період з ним проводяться заняття з предметів загальновійськової підготовки, у тому числі заняття з охорони праці.

Начальник медичної служби дисбату (фельдшер) проводить медичний огляд засудженого. Якщо під час огляду виявлено, що засуджений військово-службовець має тілесні ушкодження, ознаки тортур, травм, включаючи психічні, чи явні ознаки захворювання, начальник медичної служби та командир дисциплінарного батальйону негайно вживають заходів щодо надання йому невідкладної медичної допомоги та направлення до закладу охорони здоров'я Міністерства оборони України для проведення медичної експертизи та подальшого лікування.

РОЗМІЩЕННЯ ЗАСУДЖЕНИХ

Територія та приміщення, призначені для розміщення та обслуговування засуджених військово-службовців, надійно відокремлюються парканом (ґратами) від адміністративної території дисциплінарного батальйону. Двері (вхідні ворота) в розташування (на територію) змінного складу обладнуються звуковою сигналізацією та відчиняються тільки з дозволу чергового дисциплінарного батальйону. Вікна і двері приміщень, в яких розміщують засуджених військово-службовців, обладнують металевими ґратами, а двері також обладнують механічними та, за можливості, додатково електромеханічними замками.

ВИМОГИ ДО РЕЖИМУ

Під час відбування покарання в дисциплінарному батальйоні засуджені військово-службовці незалежно від їх військового звання та характеру попередньої служби **перебувають на посадах рядового складу** та носять форму одягу і знаки розрізнення, встановлені для зазначеної категорії військово-службовців.



Під час відбування покарання засуджений військовослужбовець не може бути поданий до присвоєння чергового військового звання, призначений на вищу посаду, переведений на нове місце служби, за винятком проведення організаційних заходів, а також звільнений з військової служби, крім випадку визнання його непридатним до військової служби за станом здоров'я.

Військовослужбовці з числа осіб офіцерського складу утримуються окремо від інших категорій військовослужбовців.

Засуджені виконують обов'язки та користуються правами, встановленими законодавством для військовослужбовців строкової служби Збройних Сил України, з обмеженнями, встановленими КВК.

Для засуджених військовослужбовців встановлюється **п'ятиденний робочий тиждень з одним вихідним днем та одним днем для виконання господарчих робіт**. Розпорядок дня у дисциплінарному батальйоні встановлюється командиром дисциплінарного батальйону. У розпорядку дня має бути передбачено виконання робіт на виробництві тривалістю не менше ніж 8 годин, нічний сон — 8 годин на добу, приймання їжі — три рази на день. Проведення навчальних занять — не менше ніж один день на тиждень.

Засуджені військовослужбовці залучаються до праці на підприємствах, в установах та організаціях, які належать до сфери управління Міністерства оборони України, у майстернях дисциплінарного батальйону, а також до робіт з інженерного обладнання позицій (районів), будівництва інженерних споруд з метою зміцнення обороноздатності держави, відновлення інфраструктури населених пунктів в умовах особливого періоду, в тому числі воєнного стану чи в бойовій обстановці, а також після їх завершення до закінчення відбудовного періоду, який закінчується в момент офіційного оголошення про це.

Праця засуджених військовослужбовців оплачується відповідно до чинного законодавства України. Нараховані суми заробітку засудженим військовослужбовцям зараховуються дисциплінарним батальйоном в встановленому порядку на їх особисті рахунки.

На роботи і заняття за межі розташування дисциплінарного батальйону засуджених військовослужбовців виводять у складі відділення, взводу або групи під

охороною озброєного конвою та на підставі письмового наказу командира дисциплінарного батальйону.

Конвойні забезпечують надійну охорону засуджених та стежать, щоб засуджені не допускали порушень встановленого порядку і не спілкувались зі сторонніми особами.

У разі коли виконання робіт необхідно проводити протягом тривалого часу та на значній відстані від місця дислокації дисциплінарного батальйону, проживання засуджених військовослужбовців здійснюється у наметових містечках. При цьому забезпечується надійна охорона засуджених та створюються належні побутові умови, що відповідають санітарним нормам та правилам.

У разі спроби до втечі засудженого військовослужбовця, вчинення ним нападу або опору конвойні мають **право застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби**, а у крайньому разі — вогнепальну зброю у порядку, встановленому чинним законодавством України.

Начальник варті негайно доповідає усно та протягом 24 годин у письмовій формі командиром дисциплінарного батальйону про застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів або вогнепальної зброї.

КОНТАКТИ ІЗ ЗОВНІШНІМ СВІТОМ

Засудженим військовослужбовцям дозволяється відправляти і отримувати листи та телеграми **без обмеження їх кількості**. Вручення листів, що надходять, проводиться командиром дисциплінарної роти (командиром групи утримання офіцерів) або сержантом з матеріального забезпечення роти (групи), у присутності якого засуджений військовослужбовець зобов'язаний їх розпечатати. **Зміст листів перевіряти не підлягає**. Виявлені при цьому заборонені вкладення вилучаються. **Розпечатувати листи, які відправляють засуджені військовослужбовці, заборонено**.

Засуджені військовослужбовці мають право за рахунок коштів, що є на їхніх особових рахунках, **передплачувати і одержувати газети, журнали, інші періодичні видання без обмеження їх кількості**.

Крім того, їм надається **право на телефонні розмови** (у тому числі у мережах рухомого (мобільного) зв'язку) **без обмеження їх кількості** у порядку, встановленому командиром дисциплінарного батальйону.



Кількість отриманих посилок (передач) і бандеролей та листів, що одержують засуджені, а також листів, що вони відправляють, **не обмежена**.

Засудженим військовослужбовцям за заявою та розпискою дозволяється закуповувати за рахунок власних коштів харчові продукти і предмети першої потреби в межах сум та порядку, встановлених кримінально-виконавчим законодавством України.

Лікарські засоби і вироби медичного призначення, які одержують засуджені відповідно до медичного висновку, перевіряються на придатність до використання (непридатні повертаються) та передаються начальнику медичної служби дисциплінарного батальйону (черговому медичному працівнику закладу охорони здоров'я Міністерства оборони України) для їхнього лікування.

Короткострокові побачення з родичами чи іншими особами засудженому військовослужбовцю надаються за його заявою **один раз на місяць тривалістю до чотирьох годин** у спеціально обладнаному приміщенні під контролем представника дисциплінарного батальйону у вільний від роботи та занять час у дні і години, встановлені командиром дисциплінарного батальйону.

Тривалі побачення строком до трьох діб з правом спільного проживання тільки з близькими родичами надаються засудженому військовослужбовцю **один раз на три місяці**. Дозвіл на побачення надається командиром дисциплінарного батальйону за заявою засудженого військовослужбовця. На час тривалого побачення засуджені звільняються від роботи і занять.

Тривалі побачення при реєстрації шлюбу надаються позачергово. Засудженим військовослужбовцям на їхнє прохання дозволяється замінити тривалі побачення короткостроковими.

До кімнати тривалих побачень дозволяється проносити харчові продукти (за винятком алкогольних, слабоалкогольних напоїв та пива), а також речі, предмети і вироби, зберігання яких засудженим не заборонено, які обов'язково оглядаються черговим лікарем. Фото-, відеотехніку, засоби мобільного зв'язку та інші технічні засоби, які надають змогу виходу в мережу Інтернет, проносити заборонено.

Для одержання правової допомоги за письмовою заявою засуджених військовослужбовців, їхніх близьких родичів, громадських організацій засу-

дженим військовослужбовцям надається побачення з адвокатом або іншим фахівцем у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

За бажанням засудженого військовослужбовця або адвоката **побачення надається наодинці**. Таке побачення не обмежується в часі. Побачення надається командиром дисциплінарного батальйону **при пред'явленні адвокатом ордера або договору** про надання правової допомоги, а також документів, що посвідчують його особу. Кількість і тривалість таких побачень не обмежені.

У зв'язку з винятковими обставинами (смерть або тяжка хвороба близького родича, яка загрожує життю хворого; стихійне лихо, яке завдало значної матеріальної шкоди майну засудженого військовослужбовця або його сім'ї; одержання медичної допомоги, якщо така допомога не може бути надана в закладах охорони здоров'я Міністерства оборони України) засудженому військовослужбовцю **може бути дозволено короткочасний виїзд за межі дисциплінарного батальйону на строк до семи діб**, не враховуючи часу, необхідного для проїзду в обидва кінці. **Квитками на проїзд в обидва кінці в такому разі засудженого забезпечує дисциплінарний батальйон**.

Командир дисциплінарного батальйону за погодженням начальника Центрального управління сприяє реалізації права засуджених військовослужбовців на здійснення свободи сповідувати будь-яку релігію або виражати переконання, пов'язані зі ставленням до релігії, лише з обмеженнями, які передбачені КВК.

Засуджені військовослужбовці не мають права, посилаючись на свої релігійні переконання, ухилятися від виконання своїх обов'язків, а також установлених вимог режиму відбування покарання.

Засудженим військовослужбовцям дозволяється мати при собі і користуватися релігійною літературою, предметами релігійного культу індивідуального користування для натільного або кишенькового носіння, крім саморобних та колючо-ріжучих предметів.

ЗАОХОЧЕННЯ ТА СТЯГНЕННЯ

За сумлінну поведінку і ставлення до праці та військової служби до засуджених військовослужбовців може бути застосовано **такі заходи заохочення**:



1	подяка
2	зняття раніше накладеного дисциплінарного стягнення
3	надання одного додаткового короткострокового побачення
4	нагородження цінним подарунком або премією в розмірі місячного грошового забезпечення
5	зарахування до числа тих, хто виправляється

Засуджені військовослужбовці, які мають зразкову поведінку і чесно ставляться до праці та військової служби, беруть активну участь у громадській роботі, після відбуття ними **не менш як однієї третини строку покарання** та обговорення їх кандидатур радою громадськості підрозділу дисциплінарного батальйону наказом командира дисциплінарного батальйону можуть бути **зараховані до числа таких, що виправляються**.

Після фактичного відбуття засудженим військовослужбовцем **не менш як половини строку покарання** за умови, що він сумлінною поведінкою і ставленням до праці та військової служби під час відбування покарання довів своє виправлення, командир дисциплінарного батальйону за погодженням з начальни-

ми Центрального управління та Головного управління Служби правопорядку може **внести до відповідного суду подання про його умовно-дострокове звільнення** від відбування покарання або заміну невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням.

Якщо суд відмовить засудженому військовослужбовцю в умовно-достроковому звільненні від покарання або заміні невідбутої частини покарання більш м'яким, повторне подання з цього питання може бути внесене не раніше як через шість місяців з дня постанови судом ухвали про відмову.

За порушення встановленого порядку відбування покарання до засуджених військовослужбовців можуть бути застосовані **такі дисциплінарні стягнення**:

1	зауваження
2	догана
3	сувора догана
4	призначення в наряд на роботу — до 5 днів у вільний від роботи і навчання час
5	арешт із триманням на гауптвахті — до 10 діб
6	виключення з числа тих, хто виправляється, яке застосовується як захід дисциплінарного впливу, коли всі попередні стягнення не дали позитивного результату

Стягнення у виді виключення з числа тих, хто виправляється, накладається наказом командира дисциплінарного батальйону на підставі акта службового розслідування, в якому обов'язково зазначаються причини та умови, що сприяли вчиненню правопорушення, та ступінь вини засудженого вій-

ськовослужбовця, на якого накладається це стягнення.

ЗВІЛЬНЕННЯ З ДИСБАТУ

Засуджених військовослужбовців звільняють з дисциплінарного батальйону за таких підстав:

1	після відбуття строку покарання, призначеного вироком суду
2	у зв'язку із застосуванням амністії
3	у зв'язку з помилуванням
4	у зв'язку з винесенням судом ухвали або постанови про звільнення від відбування покарання через хворобу, умовно-достроково і за іншими підставами, встановленими законодавством



Засуджені військовослужбовці, які відбувають покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні і **визнані військово-лікарською комісією непридатними** за станом здоров'я до військової служби зі зняттям з військового обліку або непридатними до військової служби у мирний час, звільняються судом від покарання за поданням командира дисциплінарного батальйону і висновком військово-лікарської комісії.

Військовослужбовців строкової військової служби, що відбули покарання або звільнені умовно-достроково, та осіб, що підлягають звільненню у зв'язку з амністією або помилюванням, **звільняють з військової служби в запас** безпосередньо з дисциплінарного батальйону, якщо вони на час набрання вироком суду законної сили відслужили встановлені Законом України від 25.03.92 р. № 2232 «Про військовий обов'язок і військову службу»⁵ строки військової служби.

Військовослужбовці строкової військової служби, звільнені з дисциплінарного батальйону, **які не відслужили** встановлені строки військової служби, **можуть направлятись в ті самі військові частини (установи), в яких вони проходили військову службу до засудження.**

Час відбування засудженими військовослужбовцями покарання у виді тримання у дисциплінарному батальйоні до загального строку військової служби і строку вислуги у військовому званні **не зараховується.**

Засуджених військовослужбовців, які відбули покарання у виді тримання в дисциплінарному ба-

тальйоні або були достроково звільнені від цього покарання, **визнають такими, що не мають судимості.**

Засуджених військовослужбовців, звільнених з дисциплінарного батальйону умовно-достроково, визнають такими, що не мають судимості, після закінчення невідбутої частини строку покарання.

КОНТРОЛЬ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ДИСБАТУ

Дисциплінарний батальйон безпосередньо підпорядковується начальнику Центрального управління Військової служби правопорядку (по м. Києву і Київській обл.) — військовому коменданту (м. Київ), який забезпечує добір і розстановку кадрів офіцерського складу, контролює режим та умови тримання засуджених військовослужбовців, організацію праці, військове навчання, соціально-виховну роботу із засудженими військовослужбовцями.

Нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних провадженнях у дисциплінарному батальйоні здійснює Генеральний прокурор України та підпорядковані йому військові прокуратури.

Контроль за діяльністю дисциплінарного батальйону, додержанням у ньому вимог законів України та інших нормативно-правових актів України здійснює начальник Центрального управління.

З метою здійснення контролю за **порядком та умовами утримання засуджених** військово-службовців, а також забезпечення їх прав на правову допомогу право на **безперешкодне відвідування** дисциплінарного батальйону мають:

1	Президент України або спеціально уповноважені ним представники (не більше п'яти осіб у кожній області, Автономній Республіці Крим, містах Києві та Севастополі)
2	Прем'єр-міністр України або спеціально уповноважені ним представники (не більше двох осіб у кожній області, Автономній Республіці Крим, містах Києві та Севастополі)
3	Уповноважений Верховної Ради України з прав людини або спеціально уповноважені ним представники
4	голова, заступники голови та члени Комісії при Президенті України у питаннях помилювання
5	Міністр юстиції України або спеціально уповноважені ним представники (не більше двох осіб у кожній області, Автономній Республіці Крим, містах Києві та Севастополі)

⁵ Далі — Закон № 2232



6	Міністр внутрішніх справ України, Голова Національної поліції або спеціально уповноважені ними представники (не більше двох осіб у кожній області, Автономній Республіці Крим, містах Києві та Севастополі)
7	члени Європейського комітету з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню
8	Голова Ради міністрів Автономної Республіки Крим, голови місцевих державних адміністрацій, на території яких вони розташовані, або спеціально уповноважені ними представники (не більше п'яти осіб на відповідну територію)
9	народні депутати України, їх помічники-консультанти, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим та депутати місцевих рад
10	Генеральний прокурор України, а також уповноважені ним прокурори
11	голова, заступник голови та члени спостережної комісії, які здійснюють організацію громадського контролю за дотриманням прав і законних інтересів засуджених під час виконання кримінальних покарань
12	міський голова або спеціально уповноважені ними представники (не більше п'яти осіб) — на території відповідної місцевої ради
13	члени громадських рад при центральному органі виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, та його територіальних підрозділах — на відповідній території
14	начальник Головного управління Служби правопорядку та його прями начальники
15	посадові особи Головного управління Військової служби правопорядку Збройних Сил України — під час виконання заходів повсякденної діяльності, спланованих у Головному управлінні Військової служби правопорядку Збройних Сил України, та за письмовим дорученням начальника Головного управління Служби правопорядку
16	інші особи в порядку, установленому законодавством України

Результати перевірки дисциплінарного батальйону перевіряючими особами заносяться до книги обліку роботи у військовій частині старших коман-

дирів (начальників), яка зберігається в адміністративній групі (стройовій частині) дисциплінарного батальйону.



ЗВІЛЬНЕННЯ ЗА СИСТЕМАТИЧНЕ НЕВИКОНАННЯ ПРАЦІВНИКОМ ТРУДОВИХ ОBOB'ЯЗКІВ БЕЗ ПОВАЖНИХ ПРИЧИН



Володимир Піцкевич, адвокат, к. ю. н.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 40 Кодексу законів про працю України¹ трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності можуть бути розірвані власником або уповноваженим ним органом лише у випадку систематичного невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення.

Крім того, розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця у випадку систематичного невиконання працівником без поважних причин трудових обов'язків передбачено й у проекті Трудового кодексу України², зареєстрованого за № 1658 від 27.12.14 р. та прийнятого у першому читанні 05.11.15 р.

Однак проблематика реалізації вищевказаної норми КЗпП полягає у неоднаковому підході до тлумачення її змісту та використання, в тому числі судами. Зважаючи на це, пропонуємо розглянути основний понятійно-категоріальний апарат цієї статті та зупинитись на окремих питаннях її застосування.

ТРУДОВИЙ ДОГОВІР

Відповідно до ч. 1 ст. 21 КЗпП трудовий договір — це угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін.

Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори). Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін (ст. 202 Цивільного кодексу України³). Договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Договір є двостороннім, якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору (ст. 626 ЦК).

Таким чином, виходячи із змісту ст. 21 КЗпП, ст. 202, 626 ЦК трудовий договір — це двосторонній договір (правочин) між працівником і роботодавцем, оскільки він є домовленістю двох сторін, що спрямована на встановлення, зміну або припинення прав та обов'язків, якими наділені і працівник, і роботодавець.

¹ Далі за текстом — КЗпП.

² Далі за текстом — проект ТК.

³ Далі за текстом — ЦК.



Щодо строку трудового договору, то з аналізу ст. 23 КЗпП випливає, що трудовий договір може бути:

1) безстроковим, що укладається на невизначений строк;

2) строковим: а) таким, що укладається на визначений строк, установлений за погодженням сторін; б) таким, що укладається на час виконання певної роботи.

Щодо форми трудового договору, то згідно зі ст. 205 ЦК правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Відтак формою правочину є усна або письмова форма.

Усна форма трудового договору мала право на існування до виключення ч. 4 ст. 24 КЗпП, відповідно до якої було вказано, що трудовий договір вважається укладеним і тоді, коли наказ чи розпорядження не були видані, але працівника фактично було допущено до роботи. Водночас у ч. 3 ст. 21 КЗпП вказано, що особливою формою трудового договору є контракт. При цьому, на нашу думку, контракт правильніше було б вважати не формою трудового договору, а особливою вимогою до письмової форми трудового договору і станом на сьогодні трудовий договір необхідно укладати лише у письмовій формі. Більше того, у ч. 1 ст. 34 проекту ТК прописано, що трудовий договір укладається в письмовій формі у двох примірниках, які мають однакову юридичну силу.

Згідно зі ст. 24 КЗпП трудовий договір укладається, як правило, в письмовій формі. Працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу. У зв'язку з цим укладення трудового договору оформляється наказом (розпорядженням) про прийняття на роботу (аналогічна позиція міститься у Роз'ясненні Міністерства юстиції України від 20.12.11 р.⁴).

Таким чином, у випадку оформлення наказу (розпорядження) про прийняття на роботу вважатиметься, що трудовий договір є укладений належним чином і оформлення трудового договору, за загальним правилом, у вигляді окремого документа (трудового договору) не вимагається.

ПРАВИЛА ВНУТРІШНЬОГО ТРУДОВОГО РОЗПОРЯДКУ

Працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену трудовим договором, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку. До початку роботи за укладеним трудовим договором власник або уповноважений ним орган зобов'язаний ознайомити працівника з правилами внутрішнього трудового розпорядку. Час початку і закінчення перерви встановлюється правилами внутрішнього трудового розпорядку. Працівник зобов'язаний дотримуватися зобов'язань щодо охорони праці, передбачених колективним договором (угодою, трудовим договором) та правилами внутрішнього трудового розпорядку підприємства, установи, організації (ст. 21, 29, 66, 159 КЗпП).

Відтак правила внутрішнього трудового розпорядку є важливим локальним нормативним актом, який регламентує трудовий розпорядок на підприємстві, в установі, організації, а також визначає права та обов'язки роботодавців і працівників. У ч. 1 ст. 265 проекту ТК вказано, що внутрішній трудовий розпорядок визначає організацію та порядок роботи, а також пов'язані з цим права та обов'язки роботодавця і працівників.

Правила внутрішнього трудового розпорядку затверджуються трудовими колективами за поданням власника або уповноваженого ним органу і виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником) на основі типових правил (ст. 142 КЗпП). Водночас в Україні відсутні національні типові правила внутрішнього трудового розпорядку і діють Типові правила внутрішнього трудового розпорядку для робітників та службовців підприємств, установ, організацій⁵, затверджені постановою Державного комітету СРСР з праці і соціальних питань і узгоджених з ВЦРПС від 20.07.84 р. № 213.

Постановою Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР»⁶ від 12.09.91 р. № 1545 встановлено, що до прийняття відповідних актів законодавства України на території республіки застосовуються акти законодавства СРСР з питань, які не врегульовані законодавством України, за умови, що вони не суперечать Конституції і законам України. Відтак при розробці

⁴ Далі за текстом — Роз'яснення від 20.12.11 р.

⁵ Далі за текстом — Типові правила № 213.

⁶ Далі за текстом — постанова № 1545.



правил внутрішнього трудового розпорядку роботодавцю необхідно враховувати та керуватись Типовими правилами в тій частині, що не суперечить Конституції і законам України.

Відповідно до п. 25 Типових правил № 213 вказано, що за порушення трудової дисципліни адміністрація підприємства, установи, організації застосовує такі дисциплінарні стягнення: а) зауваження; б) догана; в) сувора догана; г) перевід на менш оплачувану роботу на термін до 3 місяців або зміщення на нижчу посаду на той же строк; ґ) звільнення.

Однак згідно зі ст. 147 КЗпП за порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано **тільки один з таких заходів стягнення: а) догана; б) звільнення**. Законодавством, статутами і положеннями про дисципліну можуть бути передбачені для окремих категорій працівників й інші дисциплінарні стягнення.

Таким чином, як вказано у листі Міністерства соціальної політики України від 12.07.13 р. № 3187/0/10-13/13⁷, п. 25 Типових правил № 213 не відповідає нормам ст. 147 КЗпП у частині заходів дисциплінарних стягнень, що можуть застосовуватися до працівників за порушення трудової дисципліни. У зв'язку з цим він втратив чинність у цій частині і відповідно не може використовуватися за основу при розробленні підприємствами, установами та організаціями місцевих правил внутрішнього трудового розпорядку.

Правила внутрішнього трудового розпорядку не можуть суперечити трудовому законодавству, угодам і колективному договору. Пунктом 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України встановлено, що виключно законами України визначаються діяння, які є дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них.

З огляду на зазначене, у разі притягнення працівників до дисциплінарної відповідальності застосовуються норми ст. 147 — 152 КЗпП та відповідні положення правил внутрішнього трудового розпорядку, затверджених на підприємстві, в установі, організації на основі типових правил з дотриманням норм чинного законодавства.

ЗАХОДИ ГРОМАДСЬКОГО ТА ДИСЦИПЛІНАРНОГО СТЯГНЕННЯ

Що стосується заходів громадського стягнення, то про них вказано у ст. 9 Закону СРСР від 17.06.83 р. № 9500 «Про трудові колективи і підвищення їх ролі в управлінні підприємствами, установами, організаціями»⁸. Відповідно до її змісту трудові колективи застосовують до членів колективу за порушення трудової дисципліни заходи громадського стягнення (товариське зауваження, громадська догана). Трудовий колектив має право знімати накладене ним стягнення достроково, до скінчення року з дня його застосування.

Що стосується заходів дисциплінарного стягнення, то з аналізу ст. 147 КЗпП їх доцільно поділити на: а) загальні: догана та звільнення; б) спеціальні, які передбачені законодавством, статутами і положеннями для окремих категорій працівників.

До спеціальних заходів дисциплінарного стягнення належать: а) зауваження; б) сувора догана; в) попередження про неповну посадову відповідність; г) пониження в спеціальному званні на один ступінь; ґ) переведення судді до суду нижчого рівня; д) тимчасове (від одного до шести місяців) відсторонення від здійснення правосуддя; е) позбавлення машиністів права керування локомотивом з наданням роботи помічником машиніста тощо. Про спеціальні заходи дисциплінарного стягнення вказано, зокрема, у п. 12 постанови Кабінету Міністрів України від 26.01.93 р. № 55 «Про Положення про дисципліну працівників залізничного транспорту»⁹, ст. 12 Закону України від 22.02.06 р. № 3460 «Про Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України»¹⁰, ст. 97 Закону України від 07.07.10 р. № 2453 «Про судоустрій і статус суддів»¹¹.

Важливим при застосуванні дисциплінарного стягнення є дотримання вимог ст. 147¹, 148, 149 КЗпП, відповідно до яких: а) за кожне порушення трудової дисципліни може бути застосовано лише одне дисциплінарне стягнення виключно компетентним/уповноваженим органом не пізніше шести місяців з дня вчинення проступку, але не пізніше 1 місяця з дня виявлення проступку; б) до застосування дисциплінар-

⁷ Далі за текстом — лист № 3187/0/10-13/13.

⁸ Далі за текстом — Закон СРСР № 9500.

⁹ Далі за текстом — постанова № 55.

¹⁰ Далі за текстом — Закон № 3460.

¹¹ Далі за текстом — Закон № 2453.



ного стягнення компетентний орган повинен зажадати від порушника трудової дисципліни письмові пояснення, а при обранні виду стягнення, яке оголошується в наказі (розпорядженні) і повідомляється працівникові під розписку, компетентний орган повинен врахувати ступінь тяжкості вчиненого проступку, заподіяну ним шкоду, обставини, за яких вчинено проступок, і попередню роботу працівника.

Про обов'язковість додержання роботодавцем в тому числі вимог ст. 147¹, 148, 149 КЗпП Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ¹² звернув увагу в ухвалі від 21.10.15 р. у справі № 6-21322св15¹³ та в ухвалі від 30.09.15 р. у справі № 6-18189св15¹⁴, відповідно до яких вказано, що виходячи зі змісту ч. 1 п. 3 ст. 40 КЗпП, до юридичних фактів, які підлягали встановленню судом відповідно до вимог ст. 214 ЦПК при вирішенні спору про законність звільнення працівника з цих підстав, є: чи мав місце дисциплінарний проступок (вина, протиправна поведінка), який став безпосередньо підставою для звільнення працівника; чи передувала його звільненню система порушень, за які до нього з додержанням вимог ст. 147 — 149 КЗпП були застосовані дисциплінарні стягнення.

Більше того, Пленум Верховного Суду України¹⁵ у п. 22 постанови від 06.11.92 р. № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів»¹⁶ наголосив, що у справах про поновлення на роботі осіб, звільнених за порушення трудової дисципліни, судам необхідно з'ясувати, в чому конкретно проявилось порушення, що стало приводом до звільнення, чи могло воно бути підставою для розірвання трудового договору за п. 3 ст. 40 КЗпП, чи додержані власником або уповноваженим ним органом передбачені ст. 147¹, 148, 149 КЗпП правила і порядок застосування дисциплінарних стягнень, зокрема, чи не закінчився встановлений для цього строк, чи застосовувалось вже за цей проступок дисциплінарне стягнення, чи враховувались при звільненні ступінь тяжкості вчиненого проступку і заподіяна ним шкода, обставини, за яких вчинено проступок, і попередня робота працівника.

Відповідно до ст. 151 КЗпП вказано, що якщо протягом року з дня накладення дисциплінарного стягнення працівника не буде піддано новому дисциплінарному стягненню, то він вважається таким, що не мав дисциплінарного стягнення. Якщо працівник не допустив нового порушення трудової дисципліни і до того ж проявив себе як сумлінний працівник, то стягнення може бути зняте до закінчення одного року. Саме тому для звільнення на підставі п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП раніше застосовані заходи дисциплінарного чи громадського стягнення повинні бути чинними. При цьому Пленум ВСУ у п. 23 постанови № 9 вказав, що у таких випадках враховуються ті заходи дисциплінарного стягнення, які встановлені чинним законодавством і не втратили юридичної сили за давністю або зняті достроково (ст. 151 КЗпП), і ті громадські стягнення, які застосовані до працівника за порушення трудової дисципліни відповідно до положення або статуту, що визначає діяльність громадської організації, і з дня накладення яких до видання наказу про звільнення минуло не більше одного року.

ОБОВ'ЯЗКИ, ПОКЛАДЕНІ НА ПРАЦІВНИКА ТРУДОВИМ ДОГОВОРОМ АБО ПРАВИЛАМИ ВНУТРІШНЬОГО ТРУДОВОГО РОЗПОРЯДКУ (ТРУДОВІ ОБОВ'ЯЗКИ)

Розуміння переліку обов'язків, покладених на працівника трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, необхідне як для працівника, так і для роботодавця, оскільки лише за умови їх систематичного невиконання без поважних причин роботодавець має право звільнити працівника на підставі п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП.

ВСУ в ухвалі від 21.05.08 р. у справі № 6-28604св07¹⁷ зазначив, що оскільки тільки правомірно накладені стягнення можуть враховуватись і бути підставою для звільнення працівника за п. 3 ст. 40 КЗпП, суд нижчої інстанції, вирішуючи відповідний спір, повинен був з'ясувати систематичне невиконання яких саме трудових обов'язків працівником передувало звільненню.

¹² Далі за текстом — ВССУ.

¹³ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52934089>.

¹⁴ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51997490>.

¹⁵ Далі за текстом — ВСУ.

¹⁶ Далі за текстом — постанова Пленуму ВСУ № 9. Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92>.

¹⁷ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1928631>.



Щодо змісту обов'язків, покладених на працівника трудовим договором, укладеним у вигляді окремого договору, та змісту обов'язків, покладених на працівника правилами внутрішнього трудового розпорядку, спостерігається чіткість та зрозуміють, оскільки конкретні обов'язки працівника прописані у відповідних документах. Водночас у випадку укладення трудового договору шляхом оформлення наказу про прийняття на роботу, обов'язки працівника у ньому не вказуються. Відтак відкритим залишається питання щодо обов'язків, покладених на працівника трудовим договором, оформленим у вигляді наказу про прийняття на роботу.

Відповідно до ст. 139 КЗпП працівники зобов'язані працювати чесно і сумлінно, своєчасно і точно виконувати розпорядження власника або уповноваженого ним органу, додержувати трудової і технологічної дисципліни, вимог нормативних актів про охорону праці, дбайливо ставитися до майна власника, з яким укладено трудовий договір.

Із аналізу цієї норми випливає, що працівник зобов'язаний дотримуватись у тому числі трудової дисципліни. Відповідно до п. 24 Типових правил № 213 порушення трудової дисципліни, тобто невиконання або неналежне виконання з вини працівника покладених на нього трудових обов'язків, тягне за собою застосування заходів дисциплінарного чи громадського стягнення, а також застосування інших заходів, передбачених чинним законодавством.

Таким чином, згідно зі ст. 147 КЗпП до працівника може бути застосовано дисциплінарне стягнення у випадку порушення трудової дисципліни, тобто у випадку невиконання або неналежного виконання з вини працівника покладених на нього трудових обов'язків.

Трудові обов'язки працівників установлені різними актами: законодавством про працю, колективним договором, трудовим договором, положеннями, посадовими інструкціями, правилами внутрішнього трудового розпорядку, наказами та/або розпорядженнями роботодавця тощо. У зв'язку з цим обов'язками, покладеними на працівника трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, є трудові обов'язки працівника.

Таким чином, незалежно від того, як оформлений трудовий договір: у вигляді окремого договору чи наказу про прийняття на роботу, під обов'язками, покладеними на працівника трудовим договором, необхідно розуміти як обов'язки працівника, встановлені в окремому договорі/трудоному договорі, так і трудові обов'язки працівника, закріплені в інших актах, зокрема у КЗпП, посадових інструкціях.

Так, ВСУ в ухвалі від 22.04.09 р. у справі № 6-99св09¹⁸ вказав, що відповідно до ст. 139 КЗпП дотримання трудової дисципліни означає не тільки додержання правил внутрішнього трудового розпорядку, а й своєчасне та точне виконання розпоряджень власника або уповноваженого ним органу тощо. Установивши, що працівника було правильно притягнуто до дисциплінарної відповідальності за невиконання розпорядження начальника, порушення вимог виробничої інструкції, інструкції з охорони праці, запізнення на роботу, а потім звільнено на підставі п. 3 ст. 40 КЗпП, суд дійшов обґрунтованого висновку про відсутність правових підстав для задоволення позовних вимог особи про визнання наказу про застосування дисциплінарного стягнення незаконним, поновлення на роботі, стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу й невиплаченої премії та відшкодування моральної шкоди.

ВССУ в ухвалі від 23.04.14 р. у справі № 6-8527св14¹⁹ вказав, що суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку про те, що саме неналежне виконання працівником покладених на нього трудових обов'язків, виражених у недотриманні положень посадової інструкції, з положеннями якої працівник ознайомлений під розписку, призвело до накладення на нього дисциплінарних стягнень у вигляді доган (аналогічна позиція ВССУ викладена в ухвалі від 05.06.13 р. у справі № 6-10964св13²⁰ та в ухвалі від 14.05.14 р. у справі № 6-11448св14²¹).

При цьому ВСУ в ухвалі від 21.05.08 р. у справі № 6-28604св07 вказав, що при звільненні працівника з підстав, передбачених п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, організація повинна навести конкретні факти допущеного ним невиконання обов'язків, зазначити, коли саме вони мали місце, які проступки вчинив працівник після застосування до нього стягнення та коли.

¹⁸ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3639449>.

¹⁹ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38470323>.

²⁰ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31727530>.

²¹ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38694642>.



СИСТЕМАТИЧНЕ НЕВИКОНАННЯ ПРАЦІВНИКОМ ТРУДОВИХ ОБОВ'ЯЗКІВ

Необхідною умовою для розірвання трудового договору на підставі п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП є систематичне невиконання працівником обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, тобто систематичне невиконання працівником його трудових обов'язків.

Разом з тим питання систематичності невиконання трудових обов'язків на законодавчому рівні досі залишається неврегульованим. Зважаючи на це, пропонуємо з'ясувати зміст значення поняття «систематичний». У Великому тлумачному словнику сучасної української мови²² вказано, що систематичний — постійний, регулярний. Постійний — який раз у раз настає, відбувається, виявляється тощо. Регулярний — який відбувається, здійснюється, проводиться систематично, рівномірно, через певні проміжки часу.

Відтак, під систематичним невиконанням працівником трудових обов'язків слід розуміти невиконання працівником трудових обов'язків раз у раз протягом певного проміжку часу. Однак скільки разів має мати місце невиконання працівником трудових обов'язків? Яка позиція закріпилась у судовій практиці?

ВССУ в ухвалі від 21.10.15 р. у справі № 6-21322св15 та в ухвалі від 30.09.15 р. у справі № 6-18189св15, виходячи із змісту ч. 1 п. 3 ст. 40 КЗпП, дійшов висновку, що для звільнення працівника за систематичне порушення трудової дисципліни необхідно, щоб він вчинив конкретний дисциплінарний проступок, тобто допустив невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків, щоб це невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків було протиправним та винним і носило систематичний характер, а за попередні порушення трудової дисципліни (одне чи декілька) до працівника застосовувались заходи дисциплінарного чи громадського стягнення з додержанням порядку їх застосування, але вони не дали позитивних наслідків і працівник знову вчинив дисциплінарний проступок.

Систематичним порушенням трудової дисципліни вважається порушення, вчинене працівником, який і раніше порушував трудову дисципліну, за що притягувався до дисциплінарної відповідальності та порушив її знову. Таким чином, працівник може бути звільнений з робо-

ти на підставі п. 3 ст. 40 КЗпП, якщо після застосування до нього дисциплінарного або громадського стягнення, яке не втратило юридичної сили за давністю і не зняте достроково, він знову вчинив проступок на роботі.

ВССУ в ухвалі від 03.08.11р. у справі 6-2498св11²³, керуючись п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, вказав, що під систематичністю розуміється застосування дисциплінарних заходів за 2 (два) і більше випадки невиконання службових обов'язків.

Пленум ВСУ у п. 23 постанови № 9 зазначив, що за передбаченими п. 3 ст. 40 КЗпП підставами працівник може бути звільнений лише за проступок на роботі, вчинений після застосування до нього дисциплінарного або громадського стягнення за невиконання без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку.

Отже, відповідно до вищевказаних суджень, прописаних у судових рішеннях, під систематичним невиконанням працівником трудових обов'язків розуміється вчинення працівником хоча б одного порушення трудової дисципліни (невиконання трудових обов'язків) після застосованого до нього та чинного дисциплінарного стягнення (догани). Тобто за наявності однієї діючої (чинної) догани, застосованої до працівника, і вчинення ним нового дисциплінарного проступку працівника може бути звільнено на підставі п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП.

Водночас якщо здійснити буквальне тлумачення змісту п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, то під систематичним невиконанням працівником трудових обов'язків слід розуміти вчинення працівником хоча б одного порушення трудової дисципліни після застосованого до нього та чинного не одного, а хоча б двох дисциплінарних стягнень (двох доган), оскільки в п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП вказано: «<...> якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення», тобто вказано не про захід стягнення (один), а про заходи стягнення (декілька).

Крім того, ВССУ в ухвалі від 21.10.15 р. у справі № 6-21322св15 та в ухвалі від 30.09.15 р. у справі № 6-18189св15 вказав, що виходячи з вимог п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, до юридичних фактів, які підлягали встановленню судом, належать, зокрема: чи передувала звільненню працівника система порушень, за які до нього з додержанням вимог ст. 147 — 149 КЗпП були засто-

²² Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2009. — 1736 с.

²³ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17680421>.



совані дисциплінарні стягнення. Відтак це твердження можна розтлумачити таким чином, що звільненню повинно було передувати два і більше випадків невиконання службових обов'язків, за які вже були застосовані дисциплінарні стягнення, тобто в нашому випадку — догани.

Необхідно зазначити, що позитивним моментом проекту ТК є закріплення у п. 1 ч. 1 ст. 92 визначення, що систематичним вважається невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків працівником, до якого щонайменше двічі протягом року застосовувалося дисциплінарне стягнення та на день порушення ці стягнення не знято. Отже, з цієї дефініції випливає, що лише за наявності двох і більше діючих до працівника доган і вчинення ним нового дисциплінарного проступку працівника може бути звільнено за систематичне невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків.

Частиною 1 ст. 147 КЗпП встановлено, що за порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано тільки один з таких заходів стягнення: догана або звільнення. Тому необхідною умовою правомірності розірвання договору за п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП є дотримання роботодавцем під час звільнення працівника принципу «non bis in idem», який знайшов своє закріплення також у ч. 1 ст. 61 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

ВССУ в ухвалі від 21.10.15 р. у справі № 6-21322св15, скасувавши рішення апеляційної інстанції, вказав, що апеляційний суд не з'ясував, чи вчинив працівник новий дисциплінарний проступок, що став безпосередньо підставою звільнення та мав місце після винесених йому доган, та не з'ясував, чи не був працівник притягнутий до дисциплінарної відповідальності двічі (догана та звільнення) за один і той же проступок.

Схожа позиція міститься в ухвалі ВСУ від 19.08.09 р. у справі № 6-15443св08²⁴, у якій зазначено, що підставою звільнення за п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП може бути лише безпосереднє порушення трудової дисципліни чи невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, за наявності

застосованого й такого, що не втратив юридичної сили за давністю, або не знятого заходу дисциплінарного чи громадського стягнення, а не фактична наявність сукупності застосованих заходів дисциплінарного стягнення.

Більше того, ВСУ в ухвалі від 15.10.08 р.²⁵, скасовуючи рішення нижчестоящих судів, вказав, що суди належним чином не з'ясували, чи мав місце дисциплінарний проступок, який став безпосередньо підставою для звільнення працівника з роботи та за який не застосовувалися заходи дисциплінарного стягнення.

Таким чином, у випадку вчинення працівником дисциплінарного проступку до нього за один і той же проступок не може одночасно застосовуватись і догана, і звільнення. Однак у випадку вчинення двох ідентичних порушень трудової дисципліни в різні проміжки часу, вважається, що працівник допустив два дисциплінарних проступки і до нього може бути застосовано не одне, а два заходи дисциплінарного стягнення (аналогічної позиції дотримується ВССУ в ухвалі від 25.04.12 р. у справі № 6-45675св11²⁶).

ПОВАЖНІ ПРИЧИНИ НЕВИКОНАННЯ ПРАЦІВНИКОМ ТРУДОВИХ ОБОВ'ЯЗКІВ

Необхідною умовою для розірвання трудового договору на підставі п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП є невиконання саме без поважних причин працівником його трудових обов'язків. Однак вичерпного переліку обставин при настанні яких слід вважати, що причини були поважними для невиконання трудових обов'язків, законодавство не містить. Відтак поважність причин є оціночним поняттям та буде визначатись у кожному конкретному випадку.

Окрему увагу питанню визнання причин поважними чи неповажними приділив Пленум ВСУ у постанові № 9. Відповідно до п. 9 постанови до поважних причин віднесено стан здоров'я. Водночас згідно з п. 24 цієї постанови до неповажних причин щодо невиконання працівником трудових обов'язків належить невиконання трудових обов'язків у зв'язку з поміщенням до медвипередника, самовільне використання без погодження з власником або уповноваженим ним органом днів відгулів, чергової відпустки, залишення роботи до закінчення строку трудового договору чи строку, який працівник зобов'я-

²⁴ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4965712>.

²⁵ Режим доступу: ЛІГА:ЗАКОН ENTERPRISE 9.4.1.

²⁶ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/23930244>.



заний пропрацювати за призначенням після закінчення вищого чи середнього спеціального учбового закладу.

Загальні критерії визнання причин поважними описані у листі Міністерства праці та соціальної політики України від 20.11.06 р. № 270/06/187-06²⁷, відповідно до якого зазначено, що наявність поважних причин може бути визнана у разі доведеної непрацездатності працівника, хоча б вона і не була підтверджена лікарняним листком, відмови працівника від переміщення, якщо робота протипоказана працівникові за станом здоров'я. Поважними можуть бути визнані і причини сімейно-побутового характеру, якщо вихід працівника на роботу за наявності таких причин міг би заподіяти працівникові або іншим особам шкоду, що значно перевищує ту шкоду, що заподіяна власникові невиходом на роботу.

Оцінка причин порушення трудової дисципліни як поважних може здійснюватися як безпосередньо власником або уповноваженим ним органом, так і органом, до якого здійснюється оскарження накладення дисциплінарного стягнення (комісією по трудових спорах, судом) або органом, який розглядатиме спір про звільнення за прогул (судом).

Так, ВСУ в ухвалі від 04.08.10 р. у справі № 6-18194св09²⁸ визнав участь у судовому засіданні працівника як поважну причину порушення трудової дисципліни, вказавши, що працівник тимчасово був відсутній на робочому місці з поважних причин, оскільки перебував у суді, де знаходився на розгляді справи.

ВСУ в ухвалі від 23.06.10 р. у справі № 6-29797св09²⁹ визнав стан здоров'я як поважну причину порушення трудової дисципліни, вказавши, що відсутність працівника на роботі викликана поважними причинами, оскільки у ці дні працівник звертався до лікаря-травматолога з приводу отриманої травми плеча, проходив медичне обстеження, знаходився на робочому місці за виключенням часу, коли на виконання приписів лікаря звертався до лікаря.

ВССУ в ухвалі від 16.10.13 р. у справі № 6-31740св13³⁰ дотримується ідентичної думки, зазначивши, що працівник був відсутній на робочому місці у зв'язку з поважними причинами, оскільки він протягом конкретного проміжку часу перебував на стаціонарному лікуванні

в лікарні, знаходився на прийомі у лікаря-кардіолога, проходив лікарсько-консультативну комісію.

Таким чином, фактором для вирішення питання про законність звільнення працівника з роботи є також з'ясування поважності причин його відсутності. Законодавством не визначено переліку обставин, за яких невиконання працівником трудових обов'язків вважається вчиненим з поважних причин, а тому, вирішуючи питання про поважність причин невиконання працівником трудових обов'язків, суд повинен виходити з конкретних обставин (аналогічна позиція викладена в ухвалі ВССУ від 09.12.15 р. у справі № 6-28249ск15³¹).

ЗГОДА ВИБОРНОГО ОРГАНУ ПЕРВИННОЇ ПРОФСПІЛКОВОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ (ПРОФСПІЛКОВОГО ПРЕДСТАВНИКА)

Згода виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) є необхідним елементом для звільнення працівника, оскільки відмова в згоді на звільнення є підставою для поновлення працівника на роботі (твердження аналогічного змісту міститься у п. 15 постанови Пленуму ВСУ № 9).

Розірвання трудового договору з підстав, передбачених п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, може бути проведено лише за попередньою згодою виборного органу (профспілкового представника) первинної профспілкової організації, членом якої є працівник, крім випадків, коли розірвання трудового договору із зазначених підстав здійснюється з прокурором, поліцейським і працівником Національної поліції, Служби безпеки України, Державного бюро розслідувань України, Національного антикорупційного бюро України чи органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства (ч. 1 ст. 43 КЗпП).

Первинна організація профспілки — добровільне об'єднання членів профспілки, які, як правило, працюють на одному підприємстві, в установі, організації незалежно від форми власності і виду господарювання або у фізичної особи, яка використовує найману працю, або забезпечують себе роботою самостійно, або навчаються в одному навчальному закладі (ст. 1 Закону

²⁷ Далі за текстом — лист № 270/06/187-06.

²⁸ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10800357>.

²⁹ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10397821>.

³⁰ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34301272>.

³¹ Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54307767>.



України від 15.09.99 р. № 1045 «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»³²). У зв'язку з цим первинною організацією профспілки є первинна профспілкова організація на підприємствах, в установах, організаціях та їх структурних підрозділах.

Профспілкові організації на підприємствах, в установах, організаціях та їх структурних підрозділах представляють інтереси своїх членів і захищають їх трудові, соціально-економічні права та інтереси. Свої повноваження первинні профспілкові організації здійснюють через утворені відповідно до статуту (положення) виборні органи, а в організаціях, де виборні органи не створюються, — через профспілкового представника, уповноваженого згідно із статутом на представництво інтересів членів профспілки, який діє в межах прав, наданих цим Законом та статутом профспілки. Виборний орган первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі або організації дає згоду або відмовляє у наданні згоди на розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця з працівником, який є членом діючої на підприємстві, в установі, організації профспілки, у випадках, передбачених законом (ст. 37 — 38 Закону № 1045).

Відтак за загальним правилом у випадку, якщо працівник є членом діючої на підприємстві, в установі, організації профспілки, то для його звільнення з підстави, вказаної у п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, необхідна попередня згода відповідного виборного органу первинної профспілкової організації, а у випадку, якщо виборний орган первинної профспілкової організації не створений, то необхідна попередня згода профспілкового представника. Аналогічна позиція міститься у п. 15 постанови Пленуму ВСУ № 9, відповідно до якого вказано, що розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу допускається лише за попередньою згодою профспілкового органу, крім випадків, передбачених ст. 43 і 43¹ КЗпП. Звільнення погоджується з органом профспілки, яка утворена та діє на підприємстві і членом якої є працівник.

При цьому до згоди профспілкового органу, яким відповідно до ст. 1 Закону № 1045 є в тому числі виборний орган первинної профспілкової організації та профспілковий представник, висуваються окремі вимоги. Так, Пленум ВСУ у п. 15 постанови № 9 вказав, що згода профспілкового органу на звільнення не може бути визнана такою, що має юридичне значення, якщо не додержані

вимоги про участь у засіданні цього органу більше половини його членів, або згода давалась на прохання службової особи, що не наділена правом прийняття і звільнення і не мала відповідного доручення правомочної особи, чи з ініціативи самого профспілкового органу або з інших підстав, ніж зазначалось у поданні власника чи уповноваженого ним органу, а потім і в наказі про звільнення. Оскільки у зазначених вище нормах за їх змістом йдеться про профспілковий орган підприємства, установи, організації, профспілкові органи структурних підрозділів (цехів, управлінь, відділів тощо) можуть вирішувати питання про надання згоди на звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, якщо їм таке право делеговане профспілковим органом підприємства, установи, організації.

Порядок надання згоди профспілковим органом на розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця передбачений у ст. 43 КЗпП та ст. 39 Закону № 1045. Водночас слід зазначити, що з аналізу цих статей випливає, якщо працівник або його представник не з'явився на засідання профспілкового органу, розгляд заяви відкладається до наступного засідання, яке повинно відбутись у межах п'ятнадцятиденного строку з моменту отримання профспілковим органом обґрунтованого письмового подання роботодавця про розірвання трудового договору з працівником.

Однак якщо роботодавець не звертався з поданням до профспілкового органу про надання згоди на розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця, то це не є автоматичною підставою визнання неправомірним звільнення працівника. У такому випадку, як зазначив Пленум ВСУ у п. 15 постанови № 9, встановивши, що звільнення працівника проведено власником або уповноваженим ним органом без звернення до профспілкового органу, суд зупиняє провадження по справі, запитує згоду профспілкового органу і після її одержання або відмови профспілкового органу в наданні згоди на звільнення працівника розглядає спір по суті. Не буде суперечити закону, якщо до профспілкового органу в такому випадку звернеться власник чи уповноважений ним орган або суддя при підготовці справи до судового розгляду. Аналогічним чином вирішується спір про поновлення на роботі, якщо згоду профспілкового органу на звільнення визнано такою, що не має юридичного значення.

³² Далі за текстом — Закон № 1045.



ШИКАНА ПРИ ВИКОНАННІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Іван Варгараки, адвокат

Соціальне життя людини насичене різноманітними обов'язками, що впливають з відповідних зобов'язань. Важливою сферою є й сфера цивільних правовідносин. Існування в цих правовідносинах зобов'язань завжди має на меті виконання останніх, при цьому виконання повинне відповідати цілому набору важливих вимог. Практика показала, що трапляються ситуації, коли одна зі сторін зобов'язання відступає від добросовісного виконання своїх обов'язків, при цьому кінцевою метою такої поведінки є умисне завдання шкоди протилежній стороні. Саме тут доводиться говорити про шикану¹.

Дослідження шикани дозволять законодавцю надати учасникам зазначених правовідносин дієві механізми якщо не викоринювання шикани, то зведення до мінімуму її можливих проявів на практиці. Зазначене дослідження та наукові висновки приведуть до поліпшення якості виконання правовідносин і більшої стабілізації цивільного обороту учасниками, що свідчить про актуальність цього дослідження. В адвокатській діяльності ця робота має практичну цінність.

Таке явище, як шикана, і її існування у відносинах сторін, пов'язаних з виконанням зобов'язання шляхом реалізації своїх прав і виконання обов'язків, має історію, що сягає глибоко у часи зародження правовідносин як таких².

У цій статті проблема шикани розглянута крізь призму відносних визначень з урахуванням принципу *omnis definitio periculosa est*³.

Під зобов'язанням розуміються правовідносини, у яких одна сторона (боржник) зобов'язана здійснити на користь іншої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії,

а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Зобов'язання має на меті належне виконання згідно з умовами договору та Цивільного кодексу України⁴, інших актів цивільного законодавства, а через відсутність таких умов та вимог — згідно зі звичаями ділового обороту або інших вимог, які звичай устанавлюються законодавчо і в устанавлений строк.

Під шиканою слід розуміти здійснення права з єдиним бажанням — завдати збитків іншій особі. Шикана є крайньою формою зловживання, але не єдина.

Законодавець, дбаючи про виконання свого головного завдання, передбачливо встановлює перешкоди зловмисним діям будь-якої уповноваженої особи виходячи з уявлень про справедливість⁵. При цьому має бути наявним особливий такт для того, щоб не порушувати самостійності права у прагненні задовольнити вимогам моральності, але, з іншого боку, було б негідно права брати під свій захист такі дії, які зневажають вимоги моральності⁶.

Законодавець також визначив межі поведінки сторін зобов'язальних правовідносин, урахувуючи

¹ Шикана — зловживання своїм правом (*Большой юридический словарь*. — М.: Инфра-М. А. Я. Сухарев, В. Е. Крутских, А. Я. Сухарева. 2003.). —

Прим. ред.

² Покровский И. А. История римского права. — СПб., 1998; Доманжо В. Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом // Ученые записки Казанского университета. Кн. 5. 1913.

³ Переклад з латині — Кожне визначення в законі небезпечне. — **Прим. ред.**

⁴ Далі за текстом — ЦК.

⁵ Дождев Д. В. Римское частное право / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1996. С. 16, 27.

⁶ Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Под ред. Ю. С. Гамбарова. М., 1897. С. 290.



визнані ним принципи, а також дух диспозитивності цивільного права, об'єднавши базові положення у главі 48 ЦК. Відсутність чіткого визначення «виконання зобов'язання» замінює існуюча формула, що зветься «загальні положення»⁷, з якої можна синтезувати поняття «виконання», що матиме універсальний характер. Норми статей зазначеного Кодексу за своєю суттю складають «спеціальну універсальну формулу»⁸.

Ураховуючи, що під виконанням зобов'язання маєтись на увазі правильний порядок дій з реалізації правомочності (здійснення конкретного зобов'язального права) і виконання обов'язків (обов'язкового виконання конкретної дії або утримання від виконання такого), так званий належний порядок, то особливу увагу слід приділити належному виконанню.

Під належним виконанням зобов'язання розуміється здійснення боржником дії/дій, що відповідає змісту зобов'язання. Зміст у цьому випадку має бути розглянутий у широкому сенсі цього слова: сукупність домовленості сторін, що мала місце до укладення договору, позицій закону з цього приводу, а також звичаїв, при цьому зазначений склад має бути сповнений духом принципів справедливості, сумлінності та розумності.

Слід пам'ятати, що неналежне виконання насправді є випадком цивільного правопорушення разом з невиконанням зобов'язань, а також визнати синонімом терміна «виконання зобов'язань» словосполучення «належне виконання», що грішить тавтологією⁹, тому законодавець прийняв правильну позицію — відмовився від використання терміна (категорії) «належне виконання», застосувавши аналогічну категорію «виконання зобов'язання належним чином» (ст. 526 ЦК).

І саме тут, у сфері неналежного виконання, можна побачити таке явище, як шикана. Погодимось з думкою, що правова поведінка включає правомірні та протиправні варіанти діянь (при цьому залишимо поправку на той факт, що поведінка особи, що впливає з наявності правомочності в останнього, не завжди містить дотримання вимог морально-етичних засад та духу закону)¹⁰.

Для дослідження правової природи зловживання цивільним правом ключовим є питання про соціальну

значущість дій особи, яка здійснює право. З одного боку, фіксуєчи ту чи іншу можливість як суб'єктивне право, держава прагне підкреслити небайдуже до неї ставлення і одночасно вказує на правомірність. З іншого боку, особливо в полі цивільного законодавства, діє дозвільний метод регулювання суспільних відносин, одним з принципів якого є «все, що не заборонене, дозволене».

За загальним правилом необхідно довести наявність у діянні 4 умов, сукупність яких і свідчатиме про вчинення особою правопорушення:

- 1) неправомірності дії чи бездіяльності заподіювача шкоди;
- 2) наявності збитків (шкоди);
- 3) причинний зв'язок протиправного діяння зі шкодою, що настала;
- 4) вина заподіювача шкоди.

Слід почати з тієї обставини, що характерні риси феномена зловживання правом накладають відбиток, перш за все, на суб'єкта цих відносин. Особа, яка здійснює цей вид цивільних правопорушень, повинна мати формально можливість діяти так само.

Суб'єктом зловживання може бути тільки уповноважена особа. Якщо у неї немає відповідного суб'єктивного права або вона помиляється щодо наявності права, то її дії не можна кваліфікувати як зловживання правом. При цьому обов'язковим має бути розуміння того, що в певних випадках шкода є наслідком звичайної експлуатації речі і повинна розцінюватися як розумно терпима.

Також зауважимо, що Поротікова О. О. підкреслює наявність вимоги більшого: з обставин справи має випливати, що здійснення права для особи, яка вчинила цю дію, не може мати жодної іншої мети, ніж заподіяння шкоди. Причому спочатку супутні цілі аналізувалися тільки з точки зору їх відповідності закону та уявленням про моральність.

Глибше вивчення виникнення шикани при виконанні зобов'язання змушує нас приділяти особливу увагу тому, що належне виконання включає низку елементів: виконання зобов'язання належній особі;

⁷ Див., наприклад, Розділ 1 книги п'ятої ЦК, а також ст. 526 ЦК.

⁸ Варгараки І. М. Деякі аспекти універсальності формули виконання зобов'язань // Південноукраїнський правовий часопис № 2, 2006, С. 113 — 116.

⁹ Белов В. А. Гражданское право: Особенная часть: Учебник — М.: АО «Центр ЮрИнФОР», 2004, С. 706 — 707.

¹⁰ Поротікова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. — М.: «Волтерс Клувер», 2007. — http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1959_page_1.html



виконання належною особою; виконання належним предметом; виконання в належному місці; виконання в належний строк, що дозволяють сторонам створити умовну «ідеальну модель зобов'язання та його виконання».

Навіть при наявності у сторін зобов'язання такої «ідеальної моделі зобов'язання та його виконання» не можна обійтися і без урахування наявності причин у кредитора, що не дозволяють або позбавляють будь-якого інтересу на прийняття виконання зобов'язання з його боку. У цьому випадку ми можемо стверджувати, що ця ситуація змінилася зі зміни моделі виконання на протилежну. Змінити модель виконання заважає відсутність інтересу на закінчення виконання зобов'язання з боку кредитора, тобто наміру на продовження подальших відносин. Модель виконання зруйнована, після цього настають інші відносини — відповідальність сторони, яка не виконала своїх обов'язків.

У разі виявлення шикани слід завжди пам'ятати, що сторони в зобов'язанні володіють і правами, і обов'язками, а отже, зазначене зловживання можливе з будь-якого боку.

Цивільне право виходячи з примату — зобов'язання має бути виконане, у випадках порушення процесу виконання зобов'язання стороною зобов'язання, разом з притягненням до відповідальності винної сторони, зобов'язує останню виконати обумовлене. Кажучи про зміну «моделі виконання», слід завжди пам'ятати про те, що в цій ситуації завжди присутній намір сторін, що виражається у згоді. Про згоду прийняти частину виконання можуть свідчити і пряма заява, і конклюдентні дії кредитора. Так, приступивши до використання частково виконаного, кредитор вважається таким, що прийняв виконання, навіть якщо заявив про свою відмову від нього. З огляду на те, що своїми діями він показав свою згоду на прийняття виконання, ситуація не вийшла за межі правового поля, але тут не слід ототожнювати зазна-

чені дії кредитора з діями останнього, що пов'язані з перевіркою якості виконань. Відмова від часткового виконання повинна виражатися або у фактичному його неприйнятті, або, якщо це неможливо, у заяві про відмову, коли виконане залишається на зберіганні у кредитора, а збитки, що виникають, відносяться на рахунок боржника, що відповідає духу зобов'язання. Таким чином, законодавець забезпечив процес виконання зобов'язання, оформивши верховенство досягнення мети — виконання зобов'язання шляхом позбавлення шикани будь-якої можливості впливати на кінцевий результат існування зобов'язання.

Виявлення адвокатом шикани в зобов'язальних правовідносинах може відбуватися тільки через високий рівень правового виховання та глибокого розуміння самих правовідносин. Припинення такого негативного явища дозволить повіреному зберігати хистку рівновагу, а виявлення — професійний захист прав довірителя.

Підбиваючи підсумки, зауважимо, що виконання зобов'язання є одним з видів його припинення шляхом здійснення сторонами зобов'язання дії/дій відповідно до їх домовленості, вимог законодавства, суті зобов'язання та звичаїв ділового обороту, що мають вигляд ідеальної моделі зобов'язання з відповідною моделлю виконання всього зобов'язання шляхом виконання кожного обов'язку зі складу зазначеного зобов'язання. Таке розуміння є досить вузьким, для позитивного його використання на практиці слід розвивати не поняття «виконання зобов'язання», а його глибоке внутрішнє розуміння у суб'єктів. Протягом усього існування моделі виконання зобов'язання сторонам слід уникати шикани не тільки через наявність відповідальності, а й виходячи з морально-етичних міркувань.

Адвокат у своїй діяльності, на наш погляд, повинен винятково володіти тонкощами існуючих відносин і завжди попереджати зловживання, у тому числі й шикану.



ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ТА ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПРО ЗУПИНЕННЯ СОЦІАЛЬНИХ ВИПЛАТ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИМ ОСОБАМ



Валерія Михальська, юрист-аналітик Видавничого будинку «Фактор»

Березень 2016 року сколихнув внутрішньо переміщених осіб інформацією про верифікацію соціальних виплат. Під верифікацією, зокрема, Міністерство фінансів має на увазі підтвердження фактів, що надають особі право на соціальну виплату. Уряд неодноразово наголошував, що верифікація може торкнутися не тільки внутрішньо переміщених осіб, а й будь-якої особи, що має право на соціальну виплату. Втім на сьогодні ця процедура є актуальною тільки для переселенців.

НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОВЕДЕННЯ ВЕРИФІКАЦІЇ

Перевірка достовірності інформації щодо отримувачів соціальних виплат здійснюється відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 18.02.16 р. № 136 «Про затвердження Порядку здійснення верифікації та моніторингу достовірності інформації, поданої фізичними особами для нарахування та отримання соціальних виплат, пільг, субсидій, пенсій, заробітної плати, інших виплат, що здійснюються за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів, коштів Пенсійного фонду України, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування»¹.

Постановою було визначено, що з метою здійснення верифікації та моніторингу на запит Мінфіну розпорядники бюджетних коштів, Національний банк, Пенсійний фонд України, фонди загальнообов'язкового державного соціального страхування, підприємства, установи і організації, банки та інші фінансові установи незалежно від форми власності подають інформацію, в тому числі персональні дані, про відкриті рахунки (поточні, кредитні, депозитні тощо), операції, залишок коштів на рахунках.

Верифікація та моніторинг державних виплат здійснюються структурним підрозділом Мінфіну. У процесі верифікації та моніторингу для визначення відповідності даних, що використовуються під час призначення (продовження), нарахування або здійснення державних виплат, здійснюється їх порівняння з даними, отриманими з офіційних джерел інформації, аналітичних та статистичних матеріалів, розроблених скорингових моделей та затверджених в установленому порядку методик визначення показників за непрямими ознаками. У разі виявлення під час здійснення верифікації та моніторингу невідповідності інформації, на підставі якої призначено (продовжено), нараховано або здійснено державну виплату, Мінфін надсилає розпоряднику бюджетних коштів та/або іншому органу, який здійснює виплати за рахунок коштів Пенсійного фонду України, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, рекомендацію щодо зупинення або припинення таких виплат відповідним реципієнтам або групі реципієнтів. У рекомендації щодо зупинення або припинення державних виплат зазначається виявлена Мінфіном

¹ Далі за текстом — постанова № 136.



інформація, яка не узгоджується з нормативно-правовими актами, що регулюють державні виплати.

Розпорядник бюджетних коштів та/або інший орган, який здійснює виплати за рахунок коштів Пенсійного фонду України, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, на підставі отриманої від Мінфіну рекомендації щодо зупинення або припинення державних виплат може прийняти рішення щодо зупинення або припинення, продовження виплат реципієнту, про що повідомляє Мінфін протягом трьох днів з дати прийняття такого рішення.

ЗУПИНЕННЯ ВИПЛАТИ ПЕНСІЙ

Закон України від 09.07.03 р. № 1058 «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»² не розрізняє зупинення та припинення виплат пенсій. У ч. 1 ст. 49 Закону № 1058 містяться підстави саме припинення виплат пенсій. Це:

- 1) якщо пенсія призначена на підставі документів, що містять недостовірні відомості;
- 2) на весь час проживання пенсіонера за кордоном, якщо інше не передбачено міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України;
- 3) у разі смерті пенсіонера;
- 4) у разі неотримання призначеної пенсії протягом 6 місяців підряд;
- 5) в інших випадках, передбачених законом.

Тому можна впевнено говорити про те, що внаслідок процедури верифікації існує два можливі способи для уповноважених органів зупинити (припинити) виплати пенсій внутрішньо переміщеним особам.

Тож **першим** можливим шляхом для уповноважених органів щодо припинення виплати пенсій внутрішньо переміщеним особам може бути застосування п. 1 ч. 1 цієї статті щодо недостовірності відомостей, що містяться у документах, поданих для призначення пенсії.

Жоден нормативно-правовий акт не надає вичерпний перелік відомостей з документів, що можуть бути визнані недостовірними. Таким чином, невідповідність місця проживання внутрішньо переміщеної особи, вказаного у довідці про взяття на облік, фактичному місцю проживання може бути визнана недостовірною інформацією. Втім для того щоб підтвердити, що при

призначенні пенсії були використані недостовірні відомості, Пенсійному фонду необхідно навести переконливі докази того, що особа не проживала за вказаною адресою, а отже — у довідці про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи вказані недостовірні відомості щодо місця фактичного проживання внутрішньо переміщеної особи. На сьогодні не створено ані нормативного акта, ані судової практики, що вирішували б це питання. Але, звичайно, якщо документи на отримання пенсії подані не самою внутрішньо переміщеною особою, а іншою особою замість неї, про що будуть свідчити як відомості з Реєстру переміщення осіб у зоні проведення АТО, так і показання свідків чи інші вагомні докази, виплата пенсій може бути припинена на цій підставі.

Зверніть увагу, що, поміж іншого, цей пункт може застосовуватися тільки у випадку, коли внутрішньо переміщеній особі пенсія призначається вперше! Сумнівним є факт застосування цієї норми до осіб, які до свого переміщення з тимчасово окупованих територій вже отримували пенсію, адже набувши статусу внутрішньо переміщеної особи, вони зверталися не за призначенням пенсії, а за зміною умов її виплати внаслідок зміни фактичного місця проживання.

Залишається ще **друга** підстава для припинення виплати пенсії за п. 5 ч. 1 ст. 49 Закону № 1058 — «в інших випадках, передбачених законом».

Таким випадком, визначеним саме **Законом**, а не постановами Кабміну чи відомчими нормативними актами, може бути скасування дії довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи. Підстави для такого скасування визначені в ст. 12 Закону України від 20.10.14 р. № 1706 «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»³. Це обставини, за яких внутрішньо переміщена особа:

- 1) подала заяву про відмову від довідки;
- 2) скоїла злочин: дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади; посягання на територіальну цілісність і недоторканність України; терористичний акт; втягнення у вчинення терористичного акту; публічні заклики до вчинення терористичного акту; створення терористичної групи чи терористичної організації; сприяння вчиненню терористичного

² Далі за текстом — Закон № 1058.

³ Далі за текстом — Закон № 1706.



акту; фінансування тероризму; здійснення геноциду, злочину проти людяності або військового злочину;

3) повернулася до покинутого місця постійного проживання;

4) виїхала на постійне місце проживання за кордон;

5) подала завідомо недостовірні відомості.

Без сумніву, підстави, визнані у перших двох пунктах цієї статті, мають братися до уваги та мати своїм наслідком як скасування дії довідки, так і виплату пенсії за попереднім місцем фактичного проживання, у ній указаним. У той же час існують певні сумніви щодо рішення про скасування дії довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи з підстави повернення особи до покинутого місця проживання. Закон № 1706 містить відомості, що можуть вважатися обґрунтованою інформацією щодо повернення внутрішньо переміщеної особи до покинутого місця проживання. Такою інформацією є:

— дані, отримані з відповідних державних реєстрів;

— дані, отримані в результаті обміну інформацією структурного підрозділу з питань соціального захисту населення районних, районних у місті Києві державних адміністрацій, виконавчих органів міських, районних у містах (у разі утворення) рад з органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування;

— дані, отримані в результаті обміну інформацією структурного підрозділу з питань соціального захисту населення районних, районних у місті Києві державних адміністрацій, виконавчих органів міських, районних у містах (у разі утворення) рад з громадськими об'єднаннями, волонтерськими, благодійними організаціями, іншими юридичними та фізичними особами, що надають допомогу внутрішньо переміщеним особам.

Можна припустити, що інформація Міністерства фінансів України про виявлені недостовірні відомості може слугувати такою інформацією, яка дає переконливі підстави вважати, що особа повернулася до покинутого місця проживання. Але тоді Мінфін має надати дані, які в нього є, структурному підрозділу з питань соціального захисту населення районних, районних у місті Києві державних адміністрацій чи виконавчому органу міських, районних у містах (у разі утворення)

рад, а не розпорядникам коштів, призначених на соціальні виплати.

Більше того, така інформація може братися до уваги та вважатися обґрунтованою, якщо внутрішньо переміщена особа відсутня за вказаним у довідці фактичним місцем проживання протягом більше ніж 60 днів (ч. 3 ст. 12 Закону № 1706). Тож якщо особа постійно проживає за місцем фактичного проживання, вказаним у довідці про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, але була змушена на певний час повернутися до свого покинутого місця проживання, це не може скасовувати дію довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи.

Що стосується п. 5 ст. 12 Закону України № 1706 щодо подання завідомо недостовірних відомостей, тут складається така ж сама ситуація, як і щодо припинення виплати пенсії Пенсійним фондом за п. 1 ч. 1 ст. 49 Закону № 1058. Управлінню соціального захисту необхідно буде довести, що відомості, надані особою при поданні документів для взяття на облік як внутрішньо переміщеної особи, були від самого початку недостовірними та не відповідали дійсності.

ЗУПИНЕННЯ ВИПЛАТИ ЩОМІСЯЧНОЇ АДРЕСНОЇ ДОПОМОГИ

Питання виплати щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам врегульовано постановою Кабінету Міністрів України від 01.10.14 р. № 505 «Про надання щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам для покриття витрат на проживання, в тому числі на оплату житлово-комунальних послуг»⁴. У цій постанові так само не передбачено будь-яких підстав для зупинення її виплати. Водночас можна говорити про те, що у цьому документі, як і в Законі № 1058, терміни «зупинення» і «припинення» співпадають.

Так, підставами для припинення виплати щомісячної адресної допомоги можуть бути:

1) подання уповноваженим представником сім'ї заяви про припинення виплати грошової допомоги;

2) надання інформації державної служби зайнятості про те, що працездатні члени сім'ї протягом двох місяців не працевлаштувалися за сприяння державної служби зайнятості або перебувають в трудових відносинах з роботодавцями на тимчасово окупованій

⁴ Далі за текстом — постанова № 505.



території України, в районах проведення антитерористичної операції чи населених пунктах, що розташовані на лінії зіткнення, але фактично не працюють;

3) зняття з обліку внутрішньо переміщеної особи;

4) виявлення уповноваженим органом факту подання недостовірної інформації або неповідомлення про зміну обставин, які впливають на призначення грошової допомоги.

Підстави, визначені у пунктах 1 — 2, є цілком зрозумілими і ніяким чином не стосуються процедури верифікації. Пункт 3 застосовується у тому випадку, якщо особа знімається з обліку внутрішньо переміщених осіб. Пояснення підстав для зняття таких осіб з обліку були вивчені вище та можуть цілком бути застосовані у випадках зупинення виплати щомісячної адресної допомоги.

У той же час у цій постанові є пункт 4, який дещо обмежує можливості особи оскаржити рішення про позбавлення її права на щомісячну адресну допомогу. Так, відповідно до постанови, особа подає до уповноважених органів паспорт чи інший документ, довідку про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, а також заяву, яка містить наступну інформацію:

— прізвище, ім'я та по батькові;

— число, місяць, рік народження;

— серію, номер паспорта громадянина України, ким і коли виданий, для іноземців або осіб без громадянства — серію, номер паспортного документа та посвідки на постійне проживання;

— реєстраційний номер облікової картки платника податків (не зазначається фізичними особами, які через свої релігійні переконання відмовляються від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків та повідомили про це відповідному органу державної фіскальної служби і мають відмітку в паспорті);

— зареєстроване та фактичне місце проживання (перебування);

— реквізити рахунка уповноваженого представника сім'ї в уповноваженому банку, на який перераховуватиметься грошова допомога;

— наявність у будь-кого з членів сім'ї у володінні житлового приміщення, розташованого в регіонах, інших ніж тимчасово окупована територія України та райони проведення антитерористичної операції;

— наявність у володінні всіх членів сім'ї транспортних засобів (механізмів), що підлягають державній реєстрації та обліку в Державтоінспекції (із зазначенням строку експлуатації з дати випуску);

— наявність у будь-кого з членів сім'ї на депозитному банківському рахунку коштів у розмірі, що перевищує 10-кратний розмір прожиткового мінімуму, встановленого для працездатних осіб;

— місце роботи осіб працездатного віку та час, з якого особа там працює.

Таким чином, подання недостовірної інформації по будь-якому з пунктів заяви або ж неповідомлення про зміну будь-яких відомостей з тих, що містяться в заяві, у розумінні постанови є підставою для припинення виплати щомісячної адресної допомоги. Втім якщо зміна обставин не є такою, що впливає на отримання щомісячної адресної допомоги, вона може бути поновлена протягом місяця у разі повідомлення уповноваженого органу.

Більше того, у постанові № 505 визначено, що до заяви про призначення щомісячної адресної допомоги додаються документи, які підтверджують відомості, вказані в заяві, а також письмовий дозвіл на розкриття уповноваженим банком інформації, що містить банківську таємницю, щодо поточного рахунка, відкритого в установі уповноваженого банку. Тож у цьому випадку відкриття банком інформації про поточні рахунки клієнта повністю відповідає нормам постанови № 136.

Отже, внутрішньо переміщені особи та їх представники мають право вимагати від уповноважених органів ознайомити їх з відомостями, на підставі яких приймається те чи інше рішення. Рішення про зупинення соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам за постановою № 136, що приймаються органами, які здійснюють такі соціальні виплати, мають бути прийняті відповідно до законних процедур та детально обґрунтовані, інакше такі рішення, без сумніву, можуть бути оскаржені.



ОГЛЯД СПРАВ ЩОДО ІНОЗЕМНИХ КРАЇН, РОЗГЛЯНУТИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ СІЧНЯ 2016 РОКУ



Олександр Дроздов, адвокат, Голова ВКДКА,
Перший прокурор Вищої школи адвокатури,
к. ю. н., доцент



Олена Дроздова, адвокат, помічник
Першого прокурора Вищої школи адвокатури

З цієї публікації ми розпочинаємо цикл періодичних оглядів найбільш важливих рішень, винесених Європейським судом з прав людини¹ у справах щодо іноземних країн. Розглянемо, на нашу думку, найактуальніші з них, що були прийняті у січні поточного року.

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

У справі **Бергман проти Німеччини** (Рішення ЄСПЛ від 07.01.16 р.) було розглянуто питання профілактичного затримання пацієнта з психічними розладами в спеціалізованому центрі для надання відповідної медичної допомоги: відсутність порушення.

Факти — На виконання рішення ЄСПЛ в справі М. проти Німеччини та інших наступних випадках Федеральний конституційний суд Німеччини постановив в рішенні від 04.05.11 р., що положення стосовно ретроспективного продовження профілактичного затримання більш ніж на максимальний термін 10 років були несумісними з Основним законом Німеччини. В результаті чого було прийнято нове законодавство, яке набрало чинності 01.06.13 р. Перехідні положення, викладені в розд. 316f попереднього акта Кримінального кодексу, обмежували введення або продовження ретроспективного профілактичного затримання в тих випадках, коли заінтересована особа страждала від психічного розладу та існувала висока імовірність здійснення нею тяжкого злочину насильства або, як наслідок, сексуального злочину. Стаття 66с Кримінального кодексу змінила спосіб реалізації профілактичного затримання, який вимагав

індивідуального плану лікування і відповідного проживання окремо від ув'язнених, які відбувають покарання у виді позбавлення волі. Заявник, який вже мав довгий список судимостей, був засуджений у 1986 році за замах на вбивство, замах на зґвалтування і небезпечний напад. Встановлено, що на підставі доказів, наданих лікарями-психіатрами, його кримінальну відповідальність було зменшено, суд 1-ї інстанції засудив його до 15 років позбавлення волі та встановив профілактичне затримання через великий ризик його рецидиву. Профілактичне затримання почалося в 2001 році у в'язниці і оновлювалось через регулярні проміжки часу. В липні 2013 року (після закінчення початкового максимального десятирічного періоду профілактичного ув'язнення) суд, відповідальний за виконання покарань, встановив продовження терміну відповідно до розд. 316f попереднього акта на основі останніх психіатричних звітів, що заявник страждав від «психічного розладу» і що залишався дуже високий ризик того, що він скоїть серйозний злочин на сексуальному ґрунті в разі звільнення. З червня 2013 року заявник утримувався в спеціальному центрі в'язниці для виконання нової прийнятої ст. 66с Кримінального кодексу. Під час судового процесу відповідно до КЗПЛ заявник скаржився на те, що постановою суду щодо продовження йому профілактичного затримання

¹ Далі за текстом — ЄСПЛ.

² Далі за текстом — КЗПЛ.



понад максимальний період в 10 років порушила його право на свободу (ст. 5 § 1 КЗПЛ) та порушила заборону ретроспективного покарання (ст. 7 «Ніякого покарання без закону» § 1).

ЄСПЛ розглянув заяву **Бергмана та дійшов наступних висновків.**

(А) *Затримання «після засудження» (ст. 5 § 1 (а)) КЗПЛ.* Профілактичне ув'язнення заявника за межами встановленого законом максимального десятирічного періоду не було затриманням «після засудження» компетентним судом, тому що не існувало достатнього причинно-наслідкового зв'язку між його засудженням в 1986 році і продовженням позбавлення волі. Тому він не може бути виправданим відповідно до п.п. (а) ст. 5 § 1 КЗПЛ.

(Б) *«Душевнохворі особи» (ст. 5 § 1 (е)) КЗПЛ.* ЄСПЛ підтвердив, що особа не може бути позбавлена волі, тому що вона є «душевнохворою», якщо тільки не виконуються наступні 3 мінімальні умови (критерії Вінтерверпу): (I) вона повинна бути визнана душевнохворою, тобто має бути встановлений справжній психічний розлад компетентним органом на підставі об'єктивних медичних експертиз; (II) психічний розлад має бути такого виду або ступеня, що підлягає обов'язковому позбавленню волі; (III) дійсність продовження позбавлення волі залежить від стійкості такого захворювання. Крім того, взяття під варту особи, яка має психічні розлади, може бути «законним» тільки для цілей п.п. (е) п. 1 ст. 5 КЗПЛ, якщо воно здійснюється в лікарні, клініці чи іншій відповідній установі. ЄСПЛ переконаний у тому, що національні суди були компетентними органами і встановили на підставі останнього об'єктивного висновку психіатра, що заявник мав психічний розлад, як визначено чинним внутрішнім законодавством. Його стан вимагав як лікування за допомогою ліків під медичним наглядом, так і лікування в лікарні, тому суд 1-ї інстанції вважав це досить серйозною підставою (в поєднанні зі споживанням алкоголю) для зменшення кримінальної відповідальності заявника. Тому ЄСПЛ дійшов висновку, що заявник страждав від «справжнього психічного розладу» для виконання цілей ст. 5 § 1 (е) КЗПЛ. ЄСПЛ також встановив, що розлад був такого типу або ступеня, що виправдовує примусове ув'язнення на підставі дуже високого ризику, що він скоїть серйозний насильницький злочин на сексуальному ґрунті в разі звільнення. Стосовно тривалості психічного розладу ЄСПЛ зазначив, що відповідно до чинного зако-

нодавства продовження профілактичного ув'язнення заявника може бути встановлене тільки тоді, коли буде існувати високий ризик того, що в разі звільнення він повторно скоїть злочин в результаті цього розладу. Таким чином, було встановлено, що заявник був «душевнохворою» особою для виконання ст. 5 § 1 (е) КЗПЛ. Запитання, чи належав він до категорії «алкоголік», було залишено відкритим. ЄСПЛ також був переконаний у тому, що заявник утримувався в установі для лікування пацієнтів з психічними розладами. Він утримувався в нещодавно побудованому центрі профілактичного затримання³, який був побудований відповідно до нових загальнодержавних правових норм, що вимагають здійснення профілактичного затримання в установах, що пропонують затриманим особам індивідуальну та інтенсивну терапію. Серед працівників ЦПЗ були психіатри, психологи та соціальні працівники. Заявник отримував регулярні і повторні пропозиції відповідного лікування і мав доступ до такої діяльності, як групова терапія і мотиваційні зустрічі. ЦПЗ запропонував йому значні зміни в медичному і терапевтичному догляді. Його позиція, таким чином, відрізнялася від позиції заявників в таких справах, як *Глін проти Німеччини*, які просто утримувались у відокремленій частині в'язниці без відповідних умов для лікування психічного здоров'я пацієнтів. Нарешті, Суд переконаний у тому, що затримання відповідало матеріальним і процесуальним правилам внутрішнього законодавства і не було довільним, та дійшов висновку (одноголосно) про відсутність порушення ст. 5 КЗПЛ.

Щодо ст. 7 КЗПЛ, то ЄСПЛ визнав, що профілактичне ув'язнення заявника було продовжене у зв'язку з ретроспективним ефектом відповідно до закону, прийнятого після того, як заявник скоїв свої злочини. Він продовжив розглядати питання, чи є профілактичне затримання відповідним покаранням для виконання цілей цього положення. У зв'язку з цим ЄСПЛ знову підтвердив, що концепція «Покарання» в ст. 7 КЗПЛ є автономною по суті, а відправним пунктом, що є дуже вагомим фактором під час будь-якої оцінки існування покарання, було встановлення, чи захід, що розглядається, був прийнятий після засудження за кримінальний вчинок, та інші відповідні чинники характеризували заходи відповідно до національного законодавства, його характер і мету, процеси розгляду, передбачені для її розробки та здійснення, а також тяжкість. ЄСПЛ дійшов висновку, що заяв-

³ Далі за текстом — ЦПЗ.



ник був підданий превентивному ув'язненню, яке було продовжено з ретроспективним ефектом відповідно до закону, прийнятого після того, як заявник вчинив злочини. Проте в таких випадках, як справа заявника, в якій профілактичне затримання було продовжене через необхідність та з метою лікування його психічних розладів, як характер, так і мета профілактичного затримання суттєво змінилися, і каральні заходи та їх зв'язок з засудженням в кримінальному порядку були знижені до такої міри, що цей захід більше не повинен бути класифікованим як покарання відповідно до ст. 7 § 1 КЗПЛ. Відбулися істотні зміни характеру профілактичного ув'язнення заявника після того, як він був переведений до ЦПЗ, зосередженого на терапевтичному лікуванні заявника за медичними показаннями, в той час як профілактична мета, переслідувана внесеними змінами в законодавстві щодо профілактичного затримання, яке потребувало доказів психічного розладу перед продовженням терміну профілактичного затримання, стала вирішальним фактором. Ураховуючи наведене, ЄСПЛ дійшов висновку (прийнято одногосно) про відсутність порушення ст. 7 КЗПЛ⁴.

**Стаття 6 (Право на справедливий суд) § 1 КЗПЛ.
Незалежний і неупереджений суд**

У справі «Геровска Попчевска проти колишньої Югославської Республіки Македонія» (рішення від 07.01.16 р.) предметом розгляду ЄСПЛ стало питання неупередженості і незалежності членів Державної ради суддів в розгляді справ порушення професійної етики з боку судді: порушення.

Факти — У 2007 році заявник був усунений з посади судді за неналежне здійснення професійних обов'язків. Державна судова рада⁵, чие втручання було викликано клопотанням Державної антикорупційної комісії, встановила, що вона неправильно застосувала закон у справі, яку вона вирішила без дотримання встановленого порядку пріоритетності. У своїй заяві до ЄСПЛ вона скаржилася на те, що ДСР не була «незалежною і справедливою» відповідно до п. 1 ст. 6 КЗПЛ, оскільки два його члени, суддя D. I. і міністр юстиції, брали участь в попередніх етапах розгляду справи проти неї, і тому мали упереджене уявлення про її звільнення. До того ж

участь міністра у вирішенні справи ДСР була втручанням виконавчої влади в судові справи.

Закон — Ст. 6 § 1 КЗПЛ: У своєму рішенні усунення заявника з посади ДСР покладалася на дві позиції Верховного суду, який виявив, що існували підстави для встановлення порушення професійної етики. Не був оскаржений той факт, що суддя D. I., член постійної комісії ДСР, який вирішував справу заявника, також був членом відділу і пленуму Верховного суду, який прийняв дві позиції. Далі було встановлено, що суддя D. I. проголосував за думку пленуму, хоча він повинен був знати, що це може бути використане під час розгляду справи ДСР проти заявника. За таких обставин заявник мала законні підстави побоюватися, що суддя D. I. був особисто переконаний в тому, що вона повинна бути звільнена за неналежне виконання професійних обов'язків перед тим, як ця справа постала перед ДСР. Його участь у вирішенні справи про неналежне виконання професійних обов'язків ДСР була, таким чином, несумісна з вимогою неупередженості відповідно до п. 1 ст. 6 КЗПЛ.

Те ж саме стосується участі міністра юстиції у прийнятті рішення ДСР про усунення заявника з посади, оскільки він раніше подавав прохання, працюючи на колишній посаді президента Державної антикорупційної комісії, про перегляд справи ДСР, в якій вона приймала рішення. Крім того, його присутність в якості члена виконавчої влади зменшувала його незалежність в цій справі.

Відповідно ЄСПЛ одногосно дійшов висновку, що справа заявника не була вирішена «незалежним і справедливим судом» відповідно до вимог п. 1 ст. 6 КЗПЛ. Водночас відповідно до ст. 41 («Справедлива сатисфакція») КЗПЛ ЄСПЛ, визнаючи факт порушення КЗПЛ, встановив 4000 євро компенсації моральної шкоди. Натомість, на думку ЄСПЛ, найбільш відповідною формою компенсації було б відновлення провадження у справі⁶.

Неупередженість ДСР під час розгляду справ про порушення професійної етики з боку судді була предметом розгляду у ЄСПЛ ще в одній справі: «Якшовські та Трифоновські проти колишньої Югославської Республіки Македонія» (рішення 07.01.16 р.).

Факти — У 2008 і 2009 рр. відповідно заявники були усунені з посади судді за неналежне здійснення профе-

⁴ Див., зокрема, рішення ЄСПЛ у справах «Вінтерверп проти Нідерландів» від 24.10.79 р., «М. проти Німеччини» від 17.12.09 р. та «Глін проти Німеччини» від 28.11.13 р.

⁵ Далі за текстом — ДСР.

⁶ Див. також рішення ЄСПЛ у справі «Мітріновські проти колишньої Югославської Республіки Македонія» від 30.04.15 р.



сійних обов'язків. У своїй заяві до ЄСПЛ вони скаржилися на те, що, порушуючи ст. 6 КЗПЛ, їх справи не розглядалися «незалежним і справедливим судом», тому що два члени ДСР, яка приймала рішення про усунення, раніше проводили попереднє слухання справи і ініціювали оскаржуваний розгляд справи.

Закон — Ст. 6 § 1 КЗПЛ. Відповідно до національного законодавства два члени ДСР (V. V. в справі першого заявника і R. P. у справі другого заявника) вимагали, щоб ДСР встановила, чи було неналежне здійснення професійних обов'язків з боку заявників. У справі першого заявника V. V. також було проведено попереднє розслідування для збору відповідної інформації і доказів та було подане його відповідне клопотання навіть незважаючи на те, що адвокат, який ініціював розгляд справи, згодом відкликав свою заяву. Наступний етап в процесі розгляду справи був проведений внутрішнім органом ДСР, який розглянув відповідні докази і заслухав докази V. V. і R. P. відповідно. Згідно з національним законодавством ЄСПЛ не може не дійти висновку, що V. V. і R. P. виступали в якості «прокурорів» щодо заявників в цьому попередньому етапі. Проте, незважаючи на свою роль в першій стадії розгляду, V. V. і R. P. потім взяли участь у вирішенні справи ДСР про усунення заявників з посади. На думку ЄСПЛ, це ставить під сумнів їх неупередженість при прийнятті рішення по суті справи заявників, що, в свою чергу, об'єктивно викликає обґрунтовані сумніви щодо неупередженості ДСР в цілому.

І у цій справі також ЄСПЛ одноголосно дійшов висновку, що справа заявника не була вирішена «незалежним і справедливим судом» відповідно до вимог п. 1 ст. 6 КЗПЛ. Водночас відповідно до ст. 41 («Справедлива сатисфакція») КЗПЛ ЄСПЛ, визнаючи факт порушення КЗПЛ, встановив 4000 євро кожному компенсації моральної шкоди. Так само, на думку ЄСПЛ, найбільш відповідною формою компенсації було б відновлення провадження у справі.

Стаття 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) КЗПЛ

У справі «Івановські проти колишньої Югославської Республіки Македонія» (рішення 21.01.16 р.) предметом розгляду стало питання відповідності вимогам ст. 6 і 8

КЗПЛ усунення голови Конституційного Суду⁷ з державної посади в результаті люстрації.

Факти — У 2009 році заявник, який тоді був головою КС, подав заяву до Люстраційної комісії⁸ відповідно до Закону про люстрацію 2008 року, що визнав співпрацю зі службами державної безпеки з 1944 по 2008 рр. перешкодою для зайняття державної посади. 29.09.10 р. ЛК встановила на підставі матеріалів, отриманих з Державного архіву, що заявник не виконав вимогу для зайняття державної посади відповідно до Закону про люстрацію, оскільки є докази того, що він співпрацював зі службою безпеки після допиту таємної поліції в 1964 році у зв'язку з його участю в націоналістичній групі. Він був знятий з реєстрації в 1983 році. До та під час процедури люстрації щодо заявника існувала запекла громадська дискусія між політиками уряду і КС, в якій політики уряду критикували рішення КС про розгляд, призупинення, а потім визнання недейсними деяких положень Закону про люстрацію. Зокрема, 24.09.10 р., в той час як відбувався процес люстрації, прем'єр-міністр опублікував відкритий лист, в якому він заявив, що ЛК встановила, що член КС співпрацював зі службою безпеки і спровокував прийняття судових рішень про визнання недейсним ряду законодавчих реформ уряду. Заявник вимагав судового перегляду рішення ЛК від 29.09.10 р., але його клопотання було відхилене Адміністративним судом⁹ та його заяву до Верховного Суду¹⁰ було також відхилено. Він був усунений з посади в квітні 2011 року і позбавлений права займати державні посади протягом 5 років. В процесі судового розгляду відповідно до КЗПЛ заявник скаржився відповідно до ст. 6 § 1 КЗПЛ, що йому було відмовлено в доступі до суду і що розгляд люстрації був несправедливим та відповідно до ст. 8 КЗПЛ було порушено його право на повагу до приватного життя.

Закон — Стаття 6 § 1 КЗПЛ

(А) Доступ до суду. Під час розгляду рішення ЛК АС та ВС здійснили юрисдикцію над фактами і правами у вирішенні проблеми у справі заявника. Слухання було проведено в АС, на яке був запрошений помічник експерта на прохання заявника. Відповідно заявник мав доступ до суду. Тому ЄСПЛ із цього питання дійшов одноголосно висновку про відсутність порушення.

⁷ Далі за текстом — КС.

⁸ Далі за текстом — ЛК.

⁹ Далі за текстом — АС.

¹⁰ Далі за текстом — ВС.



(Б) *Справедливість розгляду*. Що стосується загальної несправедливості розгляду ЄСПЛ надає особливе значення відкритому листу, опублікованому під час розгляду процесу люстрації, в якому прем'єр-міністр використовував первинні висновки ЛК для обвинувачення заявника як співробітника таємної поліції колишнього режиму. ЄСПЛ не знайшов підстав робити припущення про те, який вплив могла мати заява прем'єр-міністра на процес розгляду. Було достатнім відзначити, що процес розгляду закінчився не на користь заявника та те, що з точки зору його змісту та способу, яким вона була зроблена, заява була таким чином несумісною з поняттям «незалежного і справедливого суду», зрозуміло, що це не було фактичним доказом впливу або тиску на суддів, а має важливе значення щодо появи неупередженості. Отримані ЄСПЛ дані було підкріплено думкою, висловленою Європейською комісією в Звіті про здійснену роботу стосовно «колишньої Югославської Республіки Македонія» від 09.11.10 р., що люстрація у справі заявника «викликала побоювання щодо тиску на незалежність судової влади». Ці міркування були достатніми для того, щоб встановити, що розгляд, в цілому, не відповідав вимогам справедливого судового розгляду. Таким чином, ЄСПЛ ухвалив одностайно рішення про порушення в цьому аспекті ст. 6 КЗПЛ.

Щодо ст. 8 КЗПЛ. Рішення ЛК було втручанням в право заявника на повагу особистого життя. Воно засновувалося на відповідних положеннях Закону про люстрацію і, таким чином, «відповідало закону», а ЄСПЛ був готовий визнати, що воно переслідувало законну мету захисту національної безпеки.

Стосовно ж того, чи було виправдане втручання, ЄСПЛ зазначив, що, беручи до уваги відповідні Європейські стандарти¹¹, повинна якимось чином існувати відповідна умова для люстрації, щоб особа, яка підлягає люстрації, не діяла примусово під час співпраці з таємною поліцією. Це є одним з найважливіших факторів у встановленні рівноваги між інтересами національної безпеки та необхідності захисту прав постраждалої особи. Проте відповідно до застосовуваного внутрішнього законодавства органи влади, в тому числі суди, не були покликани

вирішити проблему. Таким чином, докази заявника про те, що він не дав згоду на співпрацю, були відхилені як несуттєві. З цього випливає, що аналіз справи заявника внутрішніми органами влади не був і не міг бути досить ретельним для того, щоб задовольнити вимогу «необхідності в демократичному суспільстві». У будь-якому разі втручання в право заявника згідно зі ст. 8 було невідповідним. Він не тільки був усунений з посади, йому також було заборонено займати будь-яку посаду в державній службі та вищих навчальних закладах протягом 5 років, в той час як можливість знайти роботу в якості юриста приватного сектора, яка б відповідала його професійній кваліфікації та досвіду, була обмежена до такої міри, що зробила практикування його професії майже неможливим. Крім того, Закон про люстрацію був прийнятий через 16 років після того, як держава-відповідач прийняла демократичну Конституцію, і будь-яка загроза для встановлення особи, яка підлягає люстрації, для нещодавно встановленої демократії повинна значно зменшитися з плином часу. З тієї ж причини ЄСПЛ не може залишити поза увагою той факт, що процес залучення заявника до колишньої таємної поліції був розпочатий в той час, як він був ще неповнолітнім. Незважаючи на те що на підставі висновків національних органів влади дійсно можливо встановити, що він продовжував співпрацювати з таємною поліцією у зрілому віці, його останній контакт був зареєстрований в 1983 році, приблизно 27 років до того, як була порушена справа люстрації. ЄСПЛ не був переконаний, що після такого проміжку часу він становив таку загрозу для демократичного суспільства, щоб виправдати широкі обмеження його професійної діяльності на термін до 5 років і пов'язане з ним тавро співробітника, яке він продовжував нести ще довше.

Наведене дало підстави ЄСПЛ констатувати одностайно порушення ст. 8 КЗПЛ та встановити 4,500 EUR компенсації моральної шкоди¹².

Аналіз проблем відсутності достатніх гарантій в законодавстві проти зловживань в таємному спостереженні: порушення ЄСПЛ виявив у справі «**Сабо та Віші проти Угорщини**» (рішення 12.01.16 р.).

Факти — У 2011 році була створена Об'єднана ан-

¹¹ Див. позицію Ради Європи у Керівництві по забезпеченню того, щоб закони про люстрацію і аналогічні адміністративні заходи відповідали вимогам держави та були засновані на верховенстві права, про що згадується Парламентською асамблеєю Ради Європи в прийнятій нею Резолюції № 1096 (1996 р.) про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних режимів.

¹² Див. також рішення ЄСПЛ у справах «Сідабрас і Джаутас проти Литви» від 27.07.04 р., «Матіек проти Польщі» від 24.04.07 р., «Жичкус проти Литви» від 07.04.09 р. і «Соро проти Естонії» від 03.09.15 р.



титерористична група¹³ як відділення Поліції Угорщини. Її компетенція була визначена в розд. 7/Е Закону про поліцію, зі змінами, внесеними в 2011 році, та Законом про національну безпеку. У своїй заяві до ЄСПЛ заявники скаржилися, що законодавство і, зокрема, розд. 7/Е (3) нагляд Закону про поліцію порушували ст. 8 КЗПЛ, оскільки норми цього розділу не були достатньо докладними і точними та не забезпечували достатніх гарантій проти зловживань і свавілля.

Закон — Ст. 8. Відповідно до законодавства дві ситуації можуть спричинити встановлення прихованого спостереження з боку ОАГ: попередження, відстеження і протидія терористичним актам в Угорщині та збір розвідувальної інформації, необхідної для порятунку громадян Угорщини за кордоном. ОАГ має право на пошук будинків і встановлення таємного спостереження для перевірки пошти і посилок, контролю електронних засобів зв'язку і передачі комп'ютерних даних і записувати будь-які дані, отримані в результаті цих методів спостереження. ЄСПЛ дійшов висновку, що ці заходи становлять втручання з боку органів державної влади в здійснення права заявників на повагу до приватного життя, помешкання і листування. У контексті секретних заходів спостереження вимога передбачення не зобов'язує держави перераховувати докладно всі ситуації, які можуть спонукати до прийняття рішення про встановлення таємного спостереження. Проте в питаннях, що стосуються основних прав законодавства, яке надає право виконавчій владі на свій розсуд в сфері національної безпеки вказувати обсяг таких повноважень і порядок їх виконання достатньо чітко для того, щоб гарантувати особі відповідний захист від свавільного втручання. Відповідно до законодавства Угорщини дозвіл на спостереження може бути виданий не тільки стосовно названої особи, але і «кола осіб», це поняття було надмірно широким і могло прокласти шлях для необмеженого спостереження за великою кількістю громадян. Законодавство не пояснило, яким чином це поняття повинно застосовуватись на практиці, та влада не повинна була демонструвати фактичний або передбачуваний зв'язок між особами або колом осіб, зацікавлених сторін та запобіганням будь-якій терористичній загрозі. На думку ЄСПЛ, уряд повинен був докласти зусиль тримати тероризм на відстані і, таким чином, відновити довіру громадян в його здатності підтримувати громадську безпеку, якщо загроза тероризму була парадоксальним чином замінена непередбачуваною загрозою не-

обмеженого вторгнення виконавчої влади в приватне життя громадян шляхом неконтрольованих далекосяжних методів таємного спостереження. В даному випадку неможливо не враховувати, що положення внутрішнього законодавства можуть тлумачитись як такі, що дозволяють стратегічні, великомасштабні перехоплення. Це викликає серйозне занепокоєння. У контексті таємного спостереження втручання повинне бути «необхідним в демократичному суспільстві» і повинне тлумачитись як таке, що вимагає, щоб будь-які заходи, що вживаються, повинні бути суворо необхідними як з загальних міркувань, для захисту демократичних установ, так і з особливих міркувань, для отримання необхідної розвідувальної інформації в окремій операції. Будь-який захід таємного спостереження, який не відповідає вимозі суворості необхідності, буде вважатись зловживанням з боку влади. У зв'язку з цим ЄСПЛ зазначив відсутність гарантій в законодавстві, таких як вимога попереднього дозволу суду на спостереження або чітких положень, що регулюють частоту продовження дозволу на спостереження. Хоча заходи спостереження вимагали отримання попереднього дозволу міністра юстиції, такий нагляд був надзвичайно політичним і не здатним для забезпечення необхідної оцінки суворості необхідності. На думку ЄСПЛ, нагляд з боку політично відповідального члена виконавчої влади не забезпечує необхідних гарантій. ЄСПЛ визнав, що може виникнути ситуація суворості необхідності, за якої вимога попереднього судового контролю може піддати ризику дорогоцінний час. ЄСПЛ, однак, підкреслив, що в таких випадках будь-які заходи, дозволені позасудовим органом влади, можуть піддаватись судовому розгляду. ЄСПЛ зазначив, що відповідно до угорської системи виконавча влада повинна була на загальних умовах надавати звіт про такі операції в парламентський комітет. Проте він не був переконливим, що ця процедура звітності, яка не повинна бути публічною, могла забезпечити виправдання будь-яких індивідуальних скарг, викликаних таємним спостереженням, або ефективний контроль щоденного функціонування органів спостереження. Крім того, національне законодавство не передбачає механізм судового контролю, який може бути викликаний за умови таємного спостереження, тому що процедура розгляду скарг не передбачає будь-яких подальших повідомлень про заходи спостереження громадянам, які підлягають цьому спостереженню. Крім того, скарги повинні розглядатись міністром внутрішніх справ, який не вважається

¹³ Далі за текстом — ОАГ.



достатньо незалежним. З наведених вище міркувань виявляється, що законодавство не передбачає досить чітких, ефективних і всеосяжних гарантій щодо впорядкування, виконання і можливого відновлення заходів спостереження. Тому ЄСПЛ одноголосно дійшов висновку про порушення ст. 8 КЗПЛ. Крім того, ЄСПЛ встановив відсутність порушення ст. 13 («Право на ефективний засіб юридичного захисту») разом зі ст. 8 КЗПЛ, тому що ст. 13 КЗПЛ не повинна тлумачитись як така, що вимагає засобів правового захисту від стану внутрішнього законодавства. Також ЄСПЛ в контексті ст. 41 КЗПЛ вказав, що встановлення порушення є достатньою справедливою компенсацією будь-якої моральної шкоди.

У світлі наведеного рішення ЄСПЛ у справі «Сабо та Віші проти Угорщини», а також урахуваючи надзвичайну актуальність для України забезпечення гарантій від незаконного прослуховування, неможливо оминати увагою і рішення, прийняте ЄСПЛ 04.12.15 р. у справі «**Роман Захаров проти Росії**». Велика Палата одноголосно постановила, що мало місце порушення ст. 8 КЗПЛ. ЄСПЛ виявив в російському законодавстві, що регулює прослуховування мобільних телефонів, наступні дефекти.

1. Ситуації, в яких правоохоронні органи мають право прослуховувати телефонні й інші переговори. Законодавство РФ недостатньо чітко визначає категорії людей, чиї телефонні й інші переговори можуть прослуховуватися. Зокрема, законодавство дозволяє прослуховувати телефонні переговори не тільки підозрюваних і обвинувачених у кримінальних злочинах, але також і переговори «інших осіб, чиї телефонні й інші переговори можуть містити відомості, що мають значення для кримінальної справи» (ст. 186 Кримінально-процесуального кодексу) і «осіб, які можуть мати дані про злочини «або» про події або дії (бездіяльності), що створюють загрозу державної, військової, економічної, інформаційної чи екологічної безпеки РФ» (ст. 8 Закону про оперативно-розшукову діяльність (далі — Закон про ОРД)). Російське законодавство не пояснює, як такі широко сформульовані терміни повинні тлумачитися в правозастосовчій практиці, і, таким чином, дає правоохоронним органам занадто широкі дискреційні повноваження визначати, які події або дії створюють вищевказану загрозу і чи є ця загроза досить серйозною, щоб виправдати прослуховування телефонних переговорів.

2. Зупинення моніторингу телефонних переговорів. Російське законодавство недостатньо чітко визначає ситуації, в яких прослуховування телефонних перегово-

рів має бути припинено. Вимога про негайне припинення прослуховування, коли необхідність такого заходу відпадає, міститься тільки в КПК (ст. 186), але не в Законі про ОРД. В результаті прослуховування телефонних переговорів на підставі Закону про ОРД (зокрема, у зв'язку з отриманням відомостей про події або дії, що створюють загрозу державної, військової, економічної, інформаційної чи екологічної безпеки РФ) здійснюється без достатніх гарантій порти зловживань.

3. Знищення зібраних матеріалів. Законодавство РФ дозволяє зберігати протягом шести місяців всі матеріали, зібрані в результаті прослуховування телефонних переговорів. Воно не містить вимоги про негайне знищення тих матеріалів, які очевидно не пов'язані з цілями прослуховування. Крім того, законодавство не визначає, в яких ситуаціях матеріали, які використовувалися в кримінальному судовому процесі, мають бути знищені після закінчення такого процесу, а в яких ситуаціях їх можна продовжувати зберігати.

4. Процедура видачі дозволів на прослуховування телефонних переговорів. Процедура видачі дозволів на прослуховування телефонних переговорів не надає достатніх гарантій того, що прослуховування буде дозволено тільки в тих випадках, коли це обґрунтовано і необхідно. Зокрема, не дивлячись на вказівки Конституційного Суду (див. Ухвали від 14.07.98 р. № 86-О, від 02.10.03 р. № 345-О і від 08.02.07 р. № 1-О), російські суди не перевіряють, чи є підстави підозрювати людину, про прослуховування чиїх телефонних переговорів клопочуть правоохоронні органи, в причетності до злочину або дій, що створюють загрозу державної, військової, економічної або екологічної безпеки РФ. Суди також не оцінюють обґрунтованість і необхідність прослуховування. Зокрема, до клопотань про прослуховування телефонних переговорів часто подаються окремо матеріали, що підтверджують підстави для проведення прослуховування, а судді не вимагають подання таких матеріалів. Зазвичай для отримання судового дозволу на прослуховування правоохоронним органам досить послатися на наявність інформації про злочин або дії, що створюють загрозу державної, військової, економічної або екологічної безпеки РФ. Крім того, Закон про ОРД не містить ніяких вимог до змісту ані клопотання про прослуховування телефонних та інших переговорів, ані судового дозволу на таке прослуховування. В результаті суди іноді видають дозволи на прослуховування всіх мобільних телефонних переговорів в районі скоєння



злочину, без вказівки конкретної особи або телефонного номера, або дозволу на прослуховування без зазначення строку дії. Закон про ОРД також дозволяє прослуховувати телефонні й інші переговори протягом 48 годин без попереднього судового дозволу у випадках, які не терплять зволікання. Дана процедура не передбачає достатніх процесуальних гарантій того, що вона буде використана тільки в тих випадках, коли це дійсно обґрунтовано. Нарешті, ЄСПЛ дійшов висновку, що технічне обладнання для забезпечення функцій оперативно-розшукових заходів на мережах електрозв'язку (СОРМ-2) дає правоохоронним органам технічну можливість для прослуховування мобільних телефонних переговорів без попереднього отримання судового дозволу, тобто в обхід законної процедури. Хоча зловживання можливі при будь-якій системі організації негласних спостережень, їх ймовірність особливо висока в такій системі, як в РФ, де правоохоронні органи мають за допомогою технічних засобів прямий доступ до всіх мобільних телефонних переговорів і не зобов'язані пред'являти дозвіл на прослуховування ані мобільним операторам, ані кому-небудь ще. При такій системі необхідність в ефективних процесуальних гарантіях проти зловживань особливо висока.

5. Нагляд за законністю проведення негласних оперативно-розшукових заходів. Нагляд за законністю проведення негласних оперативно-розшукових заходів не відповідає вимогам КЗПЛ щодо незалежності органу, який здійснює контроль, достатності повноважень для проведення ефективного нагляду і його відкритості громадському контролю. *По-перше*, заборона на реєстрацію відомостей про контрольованих абонентів та інших відомостей відноситься до прослуховування мобільних телефонних переговорів, що міститься в наказі Держкомзв'язку № 70, унеможливує виявлення випадків незаконного прослуховування без судових дозволів. *По-друге*, нагляд здійснює Генеральний прокурор і уповноважені ним прокурори. З огляду на порядок призначення прокурорів, у ЄСПЛ виникли сумніви в їх незалежності від виконавчої влади. Крім того, в рамках своїх повноважень по кримінальному переслідуванню прокурор дає згоду на порушення перед судом клопотання про прослуховування телефонних або інших переговорів. Той факт, що прокуратура поєднує в собі функції по кримінальному переслідуванню і одночасно з наглядом за законністю прослуховувань телефонних та інших переговорів, дає підстави сумніватися в її незалежності. *По-третє*, повноваження прокуратури по нагляду за за-

конністю прослуховувань обмежені: наприклад, в предмет прокурорського нагляду не входять відомості про тактику, методи та засоби здійснення діяльності органів федеральної служби безпеки. Крім цього, законодавство РФ не містить вимоги про негайне знищення матеріалів, які були кваліфіковані прокурором як отримані в результаті незаконного прослуховування телефонних переговорів. *По-четверте*, результати прокурорського нагляду не публікуються і не доводяться до відома громадськості будь-яким іншим чином. Нарешті, уряд РФ не надав жодного прокурорського рішення, яким було б постановлено припинити порушення прав або вжити заходів до їх відновлення та притягнення винних посадових осіб до відповідальності, не довівши, таким чином, ефективність прокурорського нагляду на практиці.

6. Система сповіщення про прослуховування телефонних переговорів і засіб юридичного захисту. ЄСПЛ дослідив ефективність таких засобів оскарження: апеляційна, касаційна або наглядова скарга на дозвіл на прослуховування телефонних або інших переговорів; скарга за ст. 125 КПК; скарга відповідно до Закону «Про оскарження до суду дій і рішень, які порушують права і свободи громадян» від 27.04.93 р., гл. 25 ЦПК та КАС від 08.03.15 р.; скарга за ст. 1069 ЦК і заява про порушення кримінальної справи за ст. 137, 138, 285 і 286 КК. Він дійшов висновку, що ефективність цих засобів оскарження підривається тим, що вони доступні тільки тим людям, які можуть надати суду докази прослуховування їх телефонних переговорів. Через відсутність системи сповіщення про прослуховування телефонних переговорів або ефективної можливості запитати інформацію про прослуховування отримати такі докази практично неможливо. Таким чином, у людини, яка підозрює, що його телефонні чи інші переговори прослуховуються, відсутні ефективні засоби юридичного захисту — одна з найбільш важливих гарантій проти зловживань при використанні негласних методів спостереження. При цьому потрібно зазначити, що ЄСПЛ не розглядав питання про ефективність вищевказаних засобів оскарження в тих ситуаціях, коли громадянин може довести факт прослуховування його телефонних або інших переговорів, тому що він отримав доступ до матеріалів прослуховування в рамках кримінального процесу проти нього, де ці матеріали використовувалися в якості доказів.

Повну версію статті читайте на веб-сайті Національної асоціації адвокатів України в розділі «ПУБЛІКАЦІЇ».



ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТА ЗА ПОРУШЕННЯ ТАЄМНИЦІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ (НА ПРИКЛАДІ РІШЕННЯ ЄСПЛ У СПРАВІ «БЕДАТ ПРОТИ ШВЕЙЦАРІЇ»)

Статтю 222 КПК встановлена недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування. А саме, відомості досудового розслідування можна розголошувати лише з дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим. У необхідних випадках слідчий, прокурор попереджає осіб, яким стали відомі відомості досудового розслідування у зв'язку з участю в ньому, про їх обов'язок не розголошувати такі відомості без його дозволу. Незаконне розголошення відомостей досудового розслідування тягне за собою кримінальну відповідальність, встановлену законом. Так, ст. 387 КК встановлено кримінальну відповідальність за розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування. Натомість існують випадки, коли суспільство з урахуванням вимог ст. 10 (Свобода вираження поглядів) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹ має право знати про хід досудового розслідування. В свою чергу, адвокати мають право розраховувати на журналістську підтримку у резонансних кримінальних провадженнях. У зв'язку з цим прикметним є рішення Європейського суду з прав людини² від 29.03.16 р. у справі «Бедат проти Швейцарії» (заява № 56925/08). Адже у цьому рішенні Велика палата ЄСПЛ більшістю голосів встановила відсутність порушення ст. 10 КЗПЛ³. Справа стосувалася накладання штрафу на журналіста за публікацію документів, які вважались слідчою таємницею кримінальної справи. ЄСПЛ встановив, зокрема, що стаття була опублікована в той час, коли тривало розслідування, що викликало невід'ємний ризик впливу на розгляд

справи, який виправдовував прийняття національними органами стримуючих заходів, таких як заборона розголошення конфіденційної інформації. Визнаючи, що обвинувачений мав можливість звернутися до цивільно-правових засобів захисту для оскарження втручання в його особисте життя, ЄСПЛ встановив, що існування у національному законодавстві засобів судового захисту, до яких міг звернутись обвинувачений, не звільняє державу від позитивного зобов'язання захисту приватного життя всіх осіб, обвинувачених в кримінальному процесі. Наприкінці ЄСПЛ дійшов висновку, що покарання, накладене на журналіста за порушення конфіденційності, спрямованої на захист належного функціонування правосуддя і права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд та повагу до особистого життя, не складало непропорційного втручання в здійснення права на свободу вираження поглядів.

Далі коротко про головні факти. Заявник, Арно Бедат, громадянин Швейцарії, який народився в 1965 році і живе в Поррантрюї (Швейцарія). 15.10.03 р. Бедат, професійний журналіст, опублікував статтю під назвою «Трагедія на мосту в м. Лозанна» стосовно існуючої кримінальної справи проти М. В., водія автомобіля, який налетів на групу пішоходів 08.07.03 р., убивши трьох з них і поранивши вісім перед тим, як стрибнути з Лозаннського мосту. У статті описуються події, а потім надається короткий виклад запитань, поставлених співробітниками поліції і суддею, який бере участь у слідстві, з відповідями М. В. В статті зазначається, що М. В. було висунуте звинувачення в умисному

¹ Далі — КЗПЛ.

² Далі — ЄСПЛ.

³ Рішення Великої палати ЄСПЛ є остаточними (ст. 44 КЗПЛ). Всі остаточні рішення передаються до Комітету міністрів Ради Європи для нагляду за їх виконанням. Детальнішу інформацію про процес виконання можна знайти за посиланням: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution



вбивстві і вбивстві, заподіянні тяжкої шкоди здоров'ю, небезпечної для життя, і серйозні порушення правил дорожнього руху та те, що він не продемонстрував каяття. Стаття супроводжувалася кількома фотографіями листів, які М. В. відправив слідчому, і резюме під назвою «He lost his marbles». М. В. не подавав жодних скарг проти Бедата, але за ініціативою державного відповідача проти нього була порушена кримінальна справа за публікацію конфіденційних документів. 23.07.04 р. суддя, який брав участь у розслідуванні, м. Лозанна виніс щодо Бедата вирок: 1 місяць позбавлення волі, відстрочений на один рік. Заявник подав заяву про скасування рішення, і суд м. Лозанна рішенням від 22.09.05 р. замінив вирок до тюремного ув'язнення на штраф у розмірі 4000 швейцарських франків (CHF) (близько 2667 євро [євро]).

Бедат подав заяву з питань права стосовно того, що апеляція була відхилена в січні 2006 року. 29.04.08 р. його апеляції були відхилені Федеральним судом.

Посилаючись на ст. 10 КЗПЛ, Бедат скаржився на те, що його засудження в кримінальному порядку порушило право на свободу вираження поглядів. Заява була подана до ЄСПЛ 07.11.08 р. У своєму рішенні від 01.07.14 р. Палата ЄСПЛ дійшла висновку 4 головами проти 3, що мало місце порушення ст. 10 КЗПЛ. 29.09.14 р. Уряд звернувся з проханням про те, щоб справа була передана на розгляд Великої палати ЄСПЛ відповідно до ст. 43 (Передача на розгляд Великої палати) КЗПЛ, а 17.11.14 р. Велика Палата задовольнила це клопотання. Слухання відбулося 13.05.15 р. Рішення було прийняте Великою палатою з 17 суддів.

Рішення суду за ст. 10 КЗПЛ. У своєму рішенні від 01.07.14 р. Палата ЄСПЛ зазначила, що засудження Бедата складало втручання в здійснення його права на свободу вираження поглядів та те, що втручання було встановлене законодавством і переслідувало законну мету. Велика Палата розділяє висновки Палати з 3 пунктів. Стосовно необхідності втручання в демократичному суспільстві Велика палата зауважила, що право Бедата інформувати громадськість і право громадськості на отримання інформації зіштовхнулись з не менш важливими громадськими і особистими інтересами, які захищаються заборонаю розголошення інформації, що підпадає під сферу дії конфіденційності кримінальних розслідувань. Цими інтересами були авторитет і неупередженість судової системи, ефективність кримінального розслідування і право обвину-

ваченого на презумпцію невинуватості та захисту його особистого життя. Бедат як професійний журналіст не міг не знати про конфіденційність інформації, яку він планував опублікувати, цей факт він жодного разу не оскаржував. ЄСПЛ зазначив, що у своєму рішенні від 29.04.08 р. Федеральний суд провів тривале оцінювання змісту цієї статті, встановивши, що Бедат обмежився сенсаційністю, його дії були виключно спрямовані на задоволення нездорової цікавості. ЄСПЛ зазначив, що досить негативна намальована картина щодо обвинуваченого, використані назви і фотографія у збільшеному масштабі не залишали сумнівів у сенсаційному підході, який Бедат використав у своїй статті, надаючи особливого значення загальним фразам обвинуваченого і протиріччям, які іноді були описані як «неодноразова брехня», стверджуючи, що М. В. «робив все, що в його силах, для свого захисту». Але це були саме ті запитання, на які повинна була відповісти судова влада. Таким чином, ЄСПЛ не знайшов вагомої підстави для сумнівів в належним чином обґрунтованому рішенні Федерального суду. ЄСПЛ визнав, що тема цієї статті була предметом громадського інтересу. Проте ЄСПЛ зазначив: Федеральний суд визнав розголошення записів інтерв'ю та листів, надісланих обвинуваченим судді, який бере участь у розслідуванні, не викликали навіть думки, що вони стосуються громадської дискусії; інтерес суспільства в даному випадку полягав зонайбільше в задоволенні нездорової цікавості. Зі свого боку Бедат не зміг продемонструвати, як сам факт публікації документів, про який йде мова, міг сприяти будь-якій громадській дискусії стосовно проведеного розслідування. Тому ЄСПЛ не знайшов вагомих підстав для того, щоб змінити свою думку думкою Федерального суду. Стосовно впливу статті на розгляд кримінальної справи ЄСПЛ підтвердив, що було законним забезпечення особливого захисту таємниці слідства в світлі кримінального провадження як для здійснення правосуддя і права осіб, які знаходяться під слідством, вважатись невинними. ЄСПЛ підкреслив, що таємниця слідства була спрямована, з одного боку, на захист інтересів кримінального процесу шляхом прогнозування ризиків змови і небезпеки фальсифікації або знищення доказів, а з іншого — на інтереси обвинуваченого, зокрема, з точки зору презумпції невинуватості і в більш загальному плані на його особисті відносини і інтереси. У цій справі стаття була викладена таким чином, щоб



намалювати досить негативну картину обвинуваченого. Публікація статті з таким нахилом під час проведення розслідування викликала невід'ємний ризик впливу на хід розгляду справи. Ризик впливу на розгляд справи виправдовував вживання національною владою таких стримуючих заходів, як заборона розголошення конфіденційної інформації. Законність цих заходів відповідно до національного законодавства і їх сумісність з вимогами КЗПЛ повинні передбачатись під час вживання заходів, а не в світлі наступних подій, які виявляють дійсний вплив публікацій на судовий розгляд справи. У зв'язку з цим Федеральний суд мав право вважати, що записи інтерв'ю та листування обвинуваченого, які обговорювалися в громадській сфері поза їх контекстом і таким чином могли вплинути на рішення, яке приймалось суддею, який бере участь у розгляді справи, і судом першої інстанції. Стосовно порушення права обвинуваченого на особисте життя ЄСПЛ підтвердив, що для того, щоб виконати позитивне зобов'язання захищати права особи на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8 КЗПЛ), держава може в деякій мірі обмежувати права іншої особи на свободу вираження поглядів (ст. 10 КЗПЛ). У цій справі ЄСПЛ визнав, що кримінальна справа, порушена проти заявника кантональними органами кримінального переслідування, відповідала позитивному зобов'язанню Швейцарії відповідно до ст. 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) КЗПЛ для захисту приватного життя обвинуваченого. Особистий характер інформації, що розголошувалася в статті, вимагав найвищого рівня захисту. Незважаючи на те що обвинувачений міг звернутись до ци-

вільно-правових засобів судового захисту для оскарження порушення особистого життя, ЄСПЛ вважає, що існування таких засобів захисту у національному законодавстві не звільняє державу від позитивного зобов'язання захисту приватного життя всіх осіб, обвинувачених в кримінальному процесі. Крім того, під час публікації статті обвинувачений утримувався під вартою і тому знаходився в уразливому стані і, ймовірно, також страждав від психічних розладів. В такому випадку кантональна влада не може бути звинуваченою в тому, що з урахуванням необхідності захисту права обвинуваченого на повагу до особистого життя вона не могла просто чекати, поки він сам не візьме ініціативу порушення цивільної справи проти журналіста. Стосовно покарання, призначеного журналістові, ЄСПЛ встановив, що штраф Бедату за порушення конфіденційності не вважається невідповідним втручанням в здійснення права на свободу вираження поглядів. Покарання було призначене за порушення таємниці слідства і захищало в цьому випадку відповідне функціонування правосуддя та право обвинуваченого на справедливий судовий розгляд і повагу до особистого життя. ЄСПЛ не вважає, що ці санкції могли б мати будь-який негативний вплив на здійснення свободи вираження поглядів Бедата або будь-якого іншого журналіста, який бажає інформувати громадськість про кримінальні процеси, що тривають. Тому в цій справі ст. 10 КЗПЛ не була порушена.

Не можна не звернути увагу і на окремі думки суддів Лопеса Гуерри і Ганни Юдківської у цій справі. Їх текст буде опублікований у наступному номері Віснику НААУ.



ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ

у справі про перегляд судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції норми ч. 2 ст. 424 КПК про судові рішення, які можуть бути оскаржені в касаційному порядку

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у кримінальних справах 11.02.16 р., розглядаючи справу № 5-331кс(15)15, висловився про те, що **питання застосування амністії не є предметом регулювання норм Розд. VIII «Виконання судових рішень»** Кримінального процесуального кодексу України¹.

Амністія в Україні оголошується спеціальним законом (ст. 92 Конституції України) і в кримінальному праві є складовою частиною інституту звільнення від покарання та його відбування (Розд. XII Кримінального кодексу України²), відтак питання застосування амністії підлягають вирішенню в межах кримінальної процедури.

Порядок і процедура застосування амністії регулюються відповідним законом із урахуванням положень Закону України від 01.10.96 р. № 39296 «Про застосування амністії в Україні». Проте ці нормативні акти не визначають порядку оскарження ухвалених на їх підставі судових рішень. КПК теж не містить норм, які б спеціально регулювали порядок оскарження таких рішень.

Водночас згідно з ч. 2 ст. 1 КПК кримінальне процесуальне законодавство України складається не лише з цього Кодексу, але й з відповідних положень Консти-

туції України, міжнародних договорів, що обов'язкові для України, та інших законів.

Відтак положення ч. 2 ст. 424 КПК необхідно тлумачити цілісно і питання про те, чи підлягають оскарженню в касаційному порядку судові рішення щодо застосування амністії, слід вирішувати виходячи з положень Конституції України, згідно з п. 8 ст. 129 якої повнота касаційного перегляду обмежена лише випадками прямого, недвозначного виключення (заборони) на рівні закону.

Оскільки КПК не встановлює прямої заборони на оскарження в касаційному порядку судових рішень щодо застосування амністії, висновок касаційної інстанції у кримінальній справі щодо А. про те, що такого характеру судові рішення не підлягають касаційному оскарженню, суперечить точному змісту норми ч. 2 ст. 424 КПК.

Із повним текстом постанови ВСУ у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (<http://www.scourt.gov.ua>) у підрозділі «Постанови у справах кримінальної юрисдикції» розділу «Рішення Верховного Суду України» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/DEC2E60668C09FD8C2257F6A002DEDD3>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ

у справі про відшкодування витрат на лікування

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 24.02.16 р. ухвалив постанову у справі № 6-1343цс15, предметом якої був спір про відшкодування витрат на лікування.

Суд зробив правовий висновок про те, що відповідно до ч. 1 ст. 1206 Цивільного кодексу України³ особа, яка вчинила злочин, зобов'язана відшкодувати витрати закладові охорони здоров'я на лікування потерпі-

¹ Далі за текстом — КПК.

² Далі за текстом — КК.

³ Далі за текстом — ЦК.



лого від цього злочину, крім випадку завдання шкоди при перевищенні меж необхідної оборони або у стані сильного душевного хвилювання, що виникло раптово внаслідок насильства або тяжкої образи з боку потерпілого.

Згідно зі ст. 999 ЦК законом може бути встановлений обов'язок фізичної або юридичної особи бути страхувальником життя, здоров'я, майна або відповідальності перед іншими особами за свій рахунок чи за рахунок заінтересованої особи (обов'язкове страхування). До відносин, що впливають з обов'язкового страхування, застосовуються положення цього Кодексу, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства.

До сфери обов'язкового страхування відповідальності належить цивільно-правова відповідальність власників наземних транспортних засобів згідно зі спеціальним Законом України від 01.07.04 р. № 1961-IV «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»⁴.

Відповідно до п. 22.1 ст. 22 Закону № 1961 у разі настання страхового випадку страховик у межах страхових сум, зазначених у страховому полісі, відшкодовує у встановленому цим Законом порядку оцінену шкоду, заподіяну внаслідок дорожньо-транспортної пригоди⁵, життю, здоров'ю, майну третьої особи.

Метою здійснення обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності ст. 3 Закону № 1961

визначає забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та/або майну потерпілих внаслідок ДТП, а також захист майнових інтересів страхувальників. Об'єктом обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності є майнові інтереси, що не суперечать законодавству України, пов'язані з відшкодуванням особою, цивільно-правова відповідальність якої застрахована, шкоди, заподіяної життю, здоров'ю, майну потерпілих внаслідок експлуатації забезпеченого транспортного засобу (ст. 5 цього Закону).

З огляду на вищенаведене, сторонами договору обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів є страхувальник та страховик. При цьому договір укладається з метою забезпечення прав третіх осіб (потерпілих) на відшкодування шкоди, завданої цим третім особам (потерпілим) унаслідок скоєння ДТП за участю забезпеченого транспортного засобу. Отже, витрати лікувального закладу на лікування потерпілого від злочину не можуть бути відшкодовані за договором обов'язкового страхування страховою компанією.

З повним текстом постанови ВСУ у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (<http://www.scourt.gov.ua>) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» розділу «Рішення Верховного Суду України» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/2698391BDE1C8620C2257B1E00498230>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ

у справі про перегляд судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції норм права, передбачених п. 20 ч. 2 ст. 36 і п. 6 ч. 1 ст. 425 КПК

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у кримінальних справах 21.01.16 р., розглядаючи справу № 5-332кс15, висловився про те, що **підтримання державного обвинувачення є лише частиною законодавчо визначених функцій діяльності прокуратури**, спрямованої на захист прав і свобод

людини, загальних інтересів суспільства та держави. Від належного виконання прокурором покладених на нього обов'язків в значній мірі залежить, чи будуть досягнуті завдання кримінального провадження, визначені в ст. 2 КПК, зокрема, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий

⁴ Далі за текстом — Закон № 1961.

⁵ Далі за текстом — ДТП.



до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура та прийнято законне рішення як під час розслідування справи, так і за результатами її судового розгляду.

Відповідно до п. 20 ч. 2 ст. 36 КПК прокурора наділено правом оскаржувати судові рішення в порядку, встановленому цим Кодексом.

Згідно з п. 6 ч. 1 ст. 425 КПК прокурор наділений правом на касаційне оскарження судових рішень у кримінальних справах. Зазначена норма права не містить процесуальних обмежень обсягу прав прокурора на касаційне оскарження, на відміну від встановлених нормами цієї ж статті обмежень таких прав для інших учасників кримінального провадження.

Обмеження щодо можливості оскарження прокурором судових рішень в касаційному порядку встановлено лише п. 3 ч. 3 ст. 424 КПК, відповідно до якого вирок суду першої інстанції на підставі угоди після його перегляду в апеляційному порядку і рішення апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на такий вирок можуть бути оскаржені прокурором виключно з підстав: а) призначення судом покарання менш суворого, ніж узгоджене сторонами угоди; б) затвердження судом угоди у провадженні, в якому згідно з ч. 4 ст. 469 КПК угода не може бути укладена. У всіх інших випадках норми КПК не містять обмежень права

прокурора на касаційне оскарження судового рішення.

Однією з конституційних засад судочинства в Україні є забезпечення касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом (п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Право на оскарження судових рішень та їх перегляд судом вищої інстанції є одним із засобів забезпечення правильності застосування закону, відновлення законних прав і свобод учасників судового провадження. Обмеження цього права можуть бути встановлені лише законом.

Законодавством України не встановлено обмежень для оскарження прокурором судових рішень щодо забезпечення дотримання прав засудженого (обвинуваченого); не містять таких обмежень і норми п. 20 ч. 2 ст. 36, п. 6 ч. 1 ст. 425 КПК. Відтак прокурор (сторона кримінального провадження) має право подати касаційну скаргу на судові рішення, зазначені у ст. 424 КПК, з підстави порушення права засудженого (обвинуваченого) на захист, тобто право ініціювати відкриття такого касаційного провадження.

Із повним текстом постанови ВСУ у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (<http://www.scourt.gov.ua>) у підрозділі «Постанови у справах кримінальної юрисдикції» розділу «Рішення Верховного Суду України» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/B636C8924D6025C7C25257F760055BBE6>

ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ВСУ

у справі про перегляд судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції норм права, передбачених ст. 22, 23, 94 і 95 КПК

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у кримінальних справах 21.01.15 р., розглядаючи справу № 5-249к15, зробив правовий висновок у справі про перегляд судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції норм права, передбачених ст. 22, 23, 94 і 95 КПК, які покликані забезпечувати в суді: а) змагальність кримінального провадження; б) дослідження доказів безпосередньо судом; в) оцінку кожного доказу з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність

доказів — з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення; г) обґрунтування висновків суд робить лише на показання, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання.

ВСУ висловився про те, що в тому разі, коли апеляційний суд ухвалює свій вирок щодо винуватості особи, в процедурі апеляційного перегляду неприпустимі будь-які спрощення, а встановлення того чи іншого факту в інший спосіб, ніж це було



здійснено у місцевому суді, має забезпечуватися повнотою дослідження всіх доказів щодо цього факту і в повному обсязі. Недотримання цих положень є порушенням права особи на справедливий суд у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод.

Із повним текстом постанови ВСУ у цій справі

можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (<http://www.scourt.gov.ua>) у підрозділі «Постанови у справах кримінальної юрисдикції» розділу «Рішення Верховного Суду України» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/E84BAE31236A51A1C2257F7D00414217>

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ

у справі щодо стягнення заборгованості із заробітної плати та середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні, що було пов'язано із обставинами непереборної сили

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 23.03.16 р. розглянув справу № 6-365цс16, предметом якої був спір про стягнення заборгованості із заробітної плати та середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні.

Суд висловив наступну правову позицію. Відповідно до ч. 1 ст. 117 Кодексу законів про працю України⁶ в разі невиконання з вини власника або уповноваженого ним органу належних звільненому працівникові сум у строки, зазначені в ст. 116 цього Кодексу, при відсутності спору про їх розмір підприємство, установа, організація повинні виплатити працівникові його середній заробіток за весь час затримки по день фактичного розрахунку. Отже, за положеннями ст. 117 КЗпП обов'язковою умовою для покладення на підприємство відповідальності за невиконання належних працівникові сум при звільненні є наявність вини підприємства.

Згідно зі ст. 4 КЗпП законодавство про працю складається із цього Кодексу та інших актів законодавства України, прийнятих відповідно до нього.

Частина 1 ст. 9 Цивільного кодексу України⁷ передбачає застосування цього Кодексу до врегулювання, зокрема, трудових відносин, якщо їх не врегульовано іншими актами законодавства.

Оскільки трудовим законодавством не врегульовано відносини з приводу відшкодування майнової та мо-

ральної шкоди, положення цивільного законодавства можуть поширюватися на ці відносини.

Ураховуючи позовні вимоги у цій справі, зокрема, щодо виплати компенсації у зв'язку з несвоєчасною виплатою належних працівникові сум, тобто свого роду відшкодування завданої майнової шкоди, що регулюється гл. 82 ЦК, застосуванню підлягають положення цивільного законодавства.

Статтю 617 ЦК передбачено, що особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили.

У п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК наведено ознаки непереборної сили як надзвичайної або невідвортної за даних умов події. Отже, непереборною силою є надзвичайна або невідвортна зовнішня подія, що повністю звільняє від відповідальності особу, яка порушила зобов'язання, за умови, що остання не могла її передбачити або передбачила, але не могла відвернути і ця подія завдала збитків.

Відповідно до ст. 14¹ Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» Торгово-промислова палата України та уповноважені нею регіональні торгово-промислові палати засвідчують форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили)

⁶ Далі за текстом — КЗпП.

⁷ Далі за текстом — ЦК.



та видають сертифікат про такі обставини протягом семи днів з дня звернення суб'єкта господарської діяльності за собівартістю. Сертифікат про форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) для суб'єктів малого підприємництва видається безкоштовно.

Форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили) є надзвичайні та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами, а саме загроза війни, збройний конфлікт або серйозна погроза такого конфлікту, включаючи, але не обмежуючись ворожими атаками, блокадами, військовим ембарго, дії іноземного ворога, загальна військова мобілізація, військові дії, оголошена та неоголошена війна, дії суспільного ворога, збурення, акти тероризму, диверсії, піратства, безладу тощо.

Відповідно до сертифіката Торгово-промислової палати України від 28.08.14 р. № 2644 встановлено, що за інформацією СБУ (лист від 13.06.14 р. № 33/2117) прийнято рішення щодо проведення

в Донецькій області АТО. На підставі наданих документів Торгово-промислової палати засвідчила настання обставин непереборної сили з 2 липня 2014 року для ОКП «Донецьктеплокомуненерго» при здійсненні господарської діяльності на території Донецької області та дотриманні законодавства, яке стосується справляння та сплати податків та обов'язкових платежів; на момент видачі сертифіката обставини непереборної сили тривають та дату закінчення їх терміну встановити неможливо.

Ураховуючи вищезазначене, суди попередніх інстанцій помилково дійшли висновку про те, що затримка виплати позивачці належних сум у строки, визначені ст. 116 КЗпП, відбулася з вини відповідача.

Із повним текстом постанови ВСУ у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (<http://www.scourt.gov.ua>) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» розділу «Рішення Верховного Суду України» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/64CC909338F414B6C2257F850048CCB1>

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ ВСУ

у справі про визнання договору недійсним та повернення сторін договору до первісного стану

Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 16.03.16 р. розглянув справу № 6-93цс16, предметом якої був спір про визнання договору недійсним та повернення сторін договору до первісного стану.

Суд висловив наступну правову позицію. Згідно із ч. 3 ст. 203 ЦК волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, встановлених законом (ч. 1 ст. 229 ЦК).

Пленум ВСУ в п. 19 постанови «Про судову практику розгляду справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.09 р. № 9 роз'яснив, що правочин, вчинений під впливом помилки, обману, насильства, зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною або внаслідок впливу тяжкої обставини, є оспорюваним. Обставини, щодо яких помилилася сторона правочину, мають існувати саме на момент вчинення правочину. Особа на підтвердження своїх вимог про визнання правочину недійсним повинна довести, що така помилка дійсно мала місце, а також що вона має істотне значення. Помилка внаслідок власного недбальства, незнання закону чи неправильного його тлумачення однією зі сторін не є підставою для визнання правочину недійсним.

Відповідно до ст. 717 ЦК за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'я-



зується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність. Виходячи зі змісту ст. 203, 717 ЦК договір дарування вважається укладеним, якщо сторони мають повну уяву не лише про предмет договору, а й досягли згоди про всі його істотні умови. Договір, що встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування, правовою метою якого є передача власником свого майна у власність іншої особи без отримання взаємної винагороди.

Враховуючи викладене, особа на підтвердження своїх вимог про визнання правочину недійсним повинна довести на підставі належних і допустимих доказів, у тому числі пояснень сторін і письмових доказів, наявність обставин, які вказують на помилку, — неправильне сприйняття нею фактичних обставин правочину, що вплинуло на її волевиявлення, дійсно було і має істотне значення. Такими обставинами є: вік позивача, його стан здоров'я та потреба у зв'язку із цим у догляді й сторонній допомозі; наявність у позивача спірного житла як єдиного; відсутність фактичної передачі спірного нерухомого майна за оспорюваним договором дарування дарувальником обдаровуваному та продовження позивачем прожива-

ти в спірній квартирі після укладення договору дарування.

Отже, наявність чи відсутність помилки — неправильного сприйняття позивачем фактичних обставин правочину, що вплинуло на волевиявлення особи під час укладення договору дарування замість договору довічного утримання, суд визначає не тільки за фактом прочитання сторонами тексту оспорюваного договору дарування та роз'яснення нотаріусом суті договору, а й за такими обставинами, як: вік позивача, його стан здоров'я та потреба у зв'язку із цим у догляді й сторонній допомозі; наявність у позивача спірного житла як єдиного; відсутність фактичної передачі спірного нерухомого майна за оспорюваним договором дарування дарувальником обдаровуваному та продовження позивачем проживати в спірній квартирі після укладення договору дарування. Лише в разі встановлення цих обставин норми ч. 1 ст. 229 та ст. 203 і 717 ЦК у сукупності вважаються правильно застосованими.

Із повним текстом постанови ВСУ у цій справі можна буде ознайомитися на офіційному веб-сайті Суду (<http://www.scourt.gov.ua>) у підрозділі «Постанови у справах цивільної юрисдикції» розділу «Рішення Верховного Суду України» за наступним посиланням: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/FB9C28E370B9FF08C2257F87002CDACC>



Як визначити здібність до навчання



Олексій Зімовін, практикуючий психолог

Підбір персоналу (помічника, секретаря) — завдання непросте. Адже до нього сама сутність професійної адвокатської діяльності висуватиме надто високі вимоги. Та й яким би не був талановитим та працюючим секретар раніше, завжди залишаються запитання: чи зможе він вникнути в адвокатські справи та бути достатньо гнучким і надалі; чи зможе він витримати стрес; чи зможе постійно засвоювати нове? Відповіді на всі ці запитання має оцінка здібності кандидатів до навчання.

ЩО ТАКЕ ЗДІБНІСТЬ ДО НАВЧАННЯ

Щоб визначити будь-яку здібність, потрібно сказати про дві складові — мотиваційну та компетентнісну. А якщо просто: про те, чого людина хоче і що вона може. Отже, визначення здібності до навчання не викликає сумнівів. Здібність до навчання — бажання та вміння людини вчитися.

Насправді проблема сучасної школи полягає в тому, що, навчаючи людину знань, умінь та навичок, пов'язаних з певними сферами дійсності, ми майже не навчаємо людину вчитися. Як говорив чудовий педагог і психолог Володимир Володимирович Рєпкін: «Вже зараз нам доводиться перевчатися усе життя! Чи не можна вчити дитину так, щоб це завдання не ставало для неї несподіваним?» І справді, у світі, який постійно змінюється, здатність людини вчитися стає ключовою для її успішного існування.

Але повернімося до двох сторін здібності до навчання. Бажання — людина хоче вчитися, має інтерес до пізнання нового, схильна розглядати все те, що з нею відбувається, як досвід, з якого можна отримати щось корисне для своєї майбутньої професійної і не тільки діяльності. Уміння — людина вміє вчитися, вона знає, як організувати свій час так, щоб приділити увагу тому, що потрібно засвоїти, вона має навички виокремлення головного, знаходження загального,

вона здатна переносити знання і навички, здобуті в одній сфері, до іншої, її мислення характеризується гнучкістю та креативністю.

Зрозуміло, що кандидат може бути дуже хорошим працівником, здатним здійснювати певну діяльність на високому рівні, а тим часом пасувати перед новим завданням, якщо тільки йому детально не пояснити, що потрібно робити. Але є й інший тип людей, той самий здібний до навчання, — йому можна доручити будь-яке завдання, навіть таке, про спосіб виконання якого ми самі не знаємо або просто не думали, і такий працівник упорається! Він знайде всі необхідні відомості, певний спосіб виконання завдання і застосує його. І тепер стає зрозумілим, чому всі вдумливі менеджери з персоналу, фахівці у сфері освіти та розвитку дорослих і дітей, психологи й філософи вихваляють цю здібність до навчання.

Але у сфері управління персоналом хвалебні оди не головне, на практиці постають інші запитання: чи можна цю здібність сформувати і як її виявити? Перше запитання — складніше. Здібності багато в чому спираються на те, як виховувалася людина, які завдатки мала змалечку, тобто їх джерело — початок життя людини. Сформувати їх у зрілому віці складно, розвинути можна, але й це завдання досить нетривіальне. Тому зараз зосередимося на тому, як усе-таки цю саму здатність до навчання виявити.



ЗОНИ РОЗВИТКУ

Відомий психолог Лев Семенович Виготський вказував дві зони розвитку людини: зону актуального розвитку та зону найближчого розвитку. Зона актуального розвитку — це те, що людина вміє і робить зараз, на сьогодні. Зона найближчого розвитку — те, що вона зможе зробити завтра. Завтра тут, звичайно ж, метафоричне.

Говорячи про зону найближчого розвитку дитини, ми маємо на увазі, що вона поки що робить щось за допомогою дорослого. Коли вона почне робити це самостійно, її здібність перейде із зони найближчого розвитку до зони актуального. І як це стосується зрілої людини? Її ж не дорослий навчає! Проте і в неї є зона найближчого розвитку! Це те, що вона ще не засвоїла, а лише починає засвоювати, чи то відвідуючи тренінги, лекції, курси, чи то читаючи нові книги, чи замислюючись над тим, як здійснюється її професійна діяльність. От і виходить, що і в кожного дорослого також є свій метафоричний дорослий, якого так приємно брати за руку і рухатися разом з ним професійними теренами.

Навіщо ми ввели ці два поняття, не надто й потрібні на перший погляд у визначенні здібності до навчання? Тому що, в цілому, існують всього два підходи до її виявлення. Перший — діагностичний — більше зайнятий зоною актуального розвитку, хоча певною мірою й зазіхає на зону найближчого. Другий — прогностичний — спершу ставить собі за мету визначення потенційного стану людини.

ДІАГНОСТИЧНИЙ ПІДХІД

У жодному разі ані психологи, ані тим більше менеджери з персоналу зазвичай не ставлять будь-яких діагнозів у медичному значенні цього слова. Та й насправді значення цього давньогрецького слова просте і зовсім не страшне — розпізнавання. Основна ідея діагностичного підходу — визначити актуальні досягнення людини в тій чи іншій сфері і розглядати їх як результат здібності до навчання.

Дійсно, якщо людина була успішною в навчанні, то це має бути помітно в результатах її професійної діяльності, в рівні її соціального визнання, в тих знаннях і навичках, які вона має, в певних особливостях її особистості. Достатньо визначити це все, і можна говорити, що і в майбутньому людина діятиме ефективно! Принадна перспектива? Загалом, так, і це й справді працює. Головне — бути обережним з показниками: в наших краях

вони бувають оманливими. Ми переходимо до першого методу, що використовується у межах діагностичного підходу, — оцінки результатів діяльності.

Результати діяльності. На попередньому місці роботи кандидата нагородили грамотою за впровадження інноваційного способу документообігу? У виші він навчався тільки на відмінно? У шкільні роки брав участь в олімпіадах? Зараз постійно відвідує курси, семінари, тренінги та інші освітні заходи? Чи має він здатність до оволодіння новими знаннями? Найімовірніше, що так!

Суть методу оцінки результатів діяльності — у збиранні інформації, яка дозволяє нам оцінювати професійні досягнення кандидата, які можуть бути маркерами його здібності до навчання. Ми можемо уважно читати резюме, придивлятися до документів, що до нього додаються (грамот, сертифікатів, дипломів), або просто запитати й отримати потрібні нам відомості. Але завжди залишається яке-небудь «але». На нього ми вже натякали вище. Те, що людина досягла якихось результатів у минулому, навіть якщо вони правдиві, зовсім не гарантує високої здібності до навчання — натякає на неї, може бути її наслідком, утім, аж ніяк не доводить її.

І «якщо вони правдиві» — це теж занадто важливе «якщо». Грамоту могли дати за гарні оцeny, формулювання — просто типові для тієї галузі виробництва, у виші допомагали хабарі або зв'язки батьків, а може, і те й інше разом, у школі — репетитори, а курси і тренінги — просто приємне проведення часу чи, можливо, спосіб пошуку цікавого спілкування. Загалом, оцінка результатів діяльності — метод корисний, але застосовувати тільки його, схоже, не можна — нарвешся на обман.

Тести. Тестовий метод нарощує певні переваги. По-перше, формалізована процедура оцінки, отримання кількісних показників дозволяє порівнювати кандидатів між собою. По-друге, тести все-таки припускають активність самого оцінюваного, а не лише здатність донести папірець до керівника.

Найчастіше (особливо в минулому) вважалося, що здібність до навчання — це похідна від властивостей інтелекту. Тому для того, щоб оцінити, чи зможе наш кандидат навчитися чогось завтра, варто було б оцінити, що він знає і вміє сьогодні. Для тестування інтелекту існує безліч різних процедур, з якими ви, якщо забажаєте, можете ознайомитися: тест структури інтелекту Амтхауера, тест прогресивних матриць Равена,



тест інтелекту Айзенка тощо. Крім того, іноді здібність до навчання розглядають як похідну творчого мислення і тоді застосовують тести на креативність.

Але ж не тільки інтелектуальні здібності характеризують здібність, про яку ми говоримо. Для неї важливі й особистісні властивості: сприйняття нового, самостійність, самоконтроль. Подібні якості дозволяють характеризувати низку особистісних опитувальників, досить часто застосовується 16-факторний особистісний опитувальник Кеттела.

Добре так просто називати і перелічувати тести. Але ж насправді кожен з них — серйозний і досить складний вимірювальний інструмент, а ви вже напевно помітили: щоб отримати щось надійне за допомогою тестів, потрібно застосовувати їх у комплексі... Отже, основний мінус методу тестів — громіздкість.

Ставлячи крапку в нашій розмові про діагностичний підхід, слід заявити про загальний недолік методів, що входять до нього, — вони визначають те, яка людина сьогодні, але мало що можуть сказати про те, якою вона буде завтра. При цьому сама вона і її ставлення до навчання, тобто мотиваційна складова, «хочу», багато в чому винесені за дужки!

ПРОГНОСТИЧНИЙ ПІДХІД

Прогностичний підхід, звісно ж, не ігнорує людину сьогоднішню (не говорить він: «Приходьте завтра, підросить трішки»), але його значно більше цікавить, як проявлятиме себе людина, здібна до навчання, як вона розвиватиметься, а не те, які підсумки, результати розвитку вона має на сьогодні. Які ж методи дозволяють нам прогнозувати здібність кандидата до навчання?

Моделювання ситуацій. Насправді немає і, напевно, не буде кращого методу для оцінки людської поведінки, ніж експеримент.

Бажаючи довідатися, чи зможе людина чогось навчитися (зазвичай нас все-таки цікавить не абищо, а якісь конкретні знання та навички), пропонуємо їй спробувати освоїти невеликий шматочок і дивимось, наскільки добре і швидко це їй вдається.

Так, якщо людині доведеться запам'ятовувати великий обсяг інформації, можна дати їй додому роздруковані відомості і попросити освоїти їх за день, а потім провести опитування. Якщо їй доведеться навчатися в стресових умовах, можна попросити людину засвоїти необхідні відомості просто тут, на місці, в кабінеті, скажімо, за півгодини.

Але моделювання ситуацій йде і далі. Ви можете поставити перед людиною будь-яке проблемне завдання і подивитися, як вона з ним упорається. Проблемне завдання — таке, в якому завідомо бракує якоїсь частини інформації, і необхідно з'ясувати, де її взяти. Здібний до навчання це може. Наприклад, попросить людину підготувати звіт, інформацію для якого можна отримати тільки в іншого співробітника, але не говорять оцінюваному про це. Чи зможе він зрозуміти, що йому бракує інформації? Як діятиме? Спробує її вигадати? Чи все-таки розпитає колег, хто відповідальний за той сектор, що його цікавить, знайде спосіб звернутися до того відповідального і довідається необхідну інформацію.

Загалом, усе у ваших руках. Моделюйте ті ситуації, в яких проявлятиметься здібність до навчання у тій формі, яка потрібна вам, і спостерігайте за поведінкою оцінюваного. Усе наочно, усе просто і все доступно. Це з плюсів. Але! Як завжди, без «але» — нікуди. По-перше, витратно: за часом (добре, якщо у вас один оцінюваний, а якщо їх ціла черга?!), за трудовими ресурсами (хтось має продумувати ситуації, розробляти критерії оцінки, спостерігати, обробляти результати). По-друге, не завжди етично — не кожному буде приємно виконувати якесь незрозуміле завдання, це може стимулювати тривожність і появу помилок у кандидата.

Інтерв'ю. І останній метод, який також зосереджується на прогнозі майбутньої поведінки людини, націленої на професійне навчання, — інтерв'ю. Якщо проводити неетичні експерименти на людях давно заборонено, а етичний експеримент ще спробуйте придумати, то просто запитувати кандидатів і робити висновки нам ніхто не забороняв. При цьому якщо інтерв'ю добре структуроване і достатньо формалізоване, його можна встигнути провести з великою кількістю людей.

Проводячи інтерв'ю, спрямоване на оцінку здібності до навчання, слід мати уявлення про те, що ви хочете отримати і яку її складову оцінює кожне запитання. Нагадуємо, що в цілому здібність до навчання складається з мотиваційної та компетентнісної складових, так що розглянуті мають бути обидві.

На рисунку далі ми покажемо приклад структурованого інтерв'ю для оцінки здібності до навчання, яке було розроблено і досить успішно застосовано під час відбору кандидатів для участі в освітній програмі (назва не називається з метою збереження конфіденційності). М біля номера запитання — мотиваційне, К — компетентнісне.



Приклад структурованого інтерв'ю для оцінки здібності до навчання

1 М. Що у Вашому житті дає Вам найбільшу втіху?

Маркерами пізнавального інтересу (мотиву навчання) можуть виступати слова: вчитися, дізнаватися щось нове, удосконалювати себе, відвідувати семінари, тренінги, спілкуватися з цікавими людьми тощо. Якщо жодне зі слів, що виражають цінність навчання, не пролунало, інтерв'юер може запитати напряду (але тільки в тому разі, якщо встановився довірчий контакт): «А вчитися любите? Про що Вам подобається дізнаватися?»

2 М. Розкажіть, будь ласка, про досягнення, якими пишаєтеся.

Оцінюється, чи є серед названих досягнень результати в навчанні (професійному, ВНЗ, шкільному), в пізнанні нового (навчилася, осилила книжку, дізналася), впровадженні нового (написала книжку, розробила закон, запропонувала порядок).

3 М. Без чого Ви не зможете прожити навіть один день?

Маркери здібності до навчання: без нової інформації, відомостей, поліпшення себе, вдосконалення тощо.

4 К. Що Ви робите, коли стикаєтеся зі складним завданням?

Оцінюється продуманість, виокремлення способів подолання труднощів, що називаються. Чи знає людина про них. Наприклад: «Збираю інформацію, обговорюю з колегами, пробую різні, навіть найнесподіваніші варіанти.» Антимаркер здібності до навчання: «Прошу, щоб це зробив хтось інший.»

5 К. Чи можете Ви згадати Ваш найбільший провал? Що Ви винесли з тієї ситуації?

Показником високої здібності до навчання є не лише здатність описати проблемну ситуацію, тобто здатність до фіксації труднощів, увага до їх аналізування і розкручування з різних сторін, але й ті висновки, які людина зробила: наскільки вони однозначні, конструктивні, чи можна їх реалізувати. Орієнтовані вони в майбутнє («Тепер я б зробив ось так, інакше...») чи в минуле («Тоді потрібно було робити якимось інакше», «Так, той спосіб був неправильним.»). Маркер здібності до навчання — орієнтація на майбутнє. Нездатність людини виносити досвід з проблемної ситуації («Я нічого не виніс.») — антимаркер здібності до навчання.

6 К. Як Ви збираєтеся самовдосконалюватися цього року?

(Якщо людина опирається відповіді («Що Ви маєте на увазі? У якому сенсі?»), можна уточнити: «Ми говоримо тільки про професійне самовдосконалення.»)

Оцінюється наявність плану самовдосконалення. Чи замислювалася людина про це, чи має вона якісь начерки того, що слід прочитати, які освітні заходи відвідати, з ким з експертів чи колег поспілкуватися.

7 К. Який спосіб навчання подобається Вам найбільше?

Запитання дозволяє не лише оцінити, чи має людина взагалі переваги в способах навчання, що вже є показником здібності до навчання. Воно також дозволяє інтерв'юєрові оцінювати напряду, чи підходить запропонований його організацією спосіб навчання респонденту.

Поглянувши на приклад структурованого інтерв'ю, ви напевно помітили, що інтерв'юер майже не ставив прямих запитань про те, чи хоче і чи вміє людина вчитися, та і взагалі запитання були абстрактні. Саме це дозволяло уникнути бажання людини показати себе у сфері навчання у бажаному світлі. Адже уміння і бажання вчитися — взагалі-то соціально схвалювана цінність, а отже, людина може всіяко намагатися показати, що вона саме така — дуже любить і хоче вчитися.

Ви можете розробляти інтерв'ю з більш прямими запитаннями: «А як ви вчитесь?», «Яким джерелам професійної інформації віддаєте перевагу?», «Як дієте, коли вам бракує знань?» Але тоді будьте уважні до інтонацій, які видають надмірне старання сподобатися.

У цілому, на наш погляд, метод інтерв'ю є певним оптимумом інформативності та економності і може бути застосований для оцінки здібності кадрів до навчання. Якщо вам знадобиться глибше і точніше оцінити здібність до навчання, ви можете скористатися моделюванням ситуацій, провести тестування та зібрати інформацію про результати діяльності. До речі, адже останнє теж дозволяє зробити інтерв'ю. Коли ми в прикладі просимо респондента розповісти про досягнення, якими він пишається (запитання 2 М), то якраз і відмічаємо, яких результатів він досяг, хоча нас, звісно ж, значно більше цікавить, чи інтерпретує він своє навчання як досягнення, чи є воно для нього мотиваційно навантаженим.

На цьому все! Побачимося!



Старшому слідчому СВ _____
ВП ГУ НП в _____ області

Копія: Прокурору _____ місцевої
прокуратури _____ області

П. І. Б. — підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 367 ч. 2 КК України

Заперечення на клопотання про продовження строку досудового розслідування

Вами подано клопотання про продовження строку досудового розслідування кримінального провадження, внесеного до ЄРДР № _____ від ДАТА, за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ст. 367 ч. 2 КК України.

Користуючись своїм правом, передбаченим ч. 3 ст. 295 КПК України, бажаю надати свої письмові заперечення, які мають бути подані разом із клопотанням прокурору для вирішення питання по суті.

Із поданим клопотанням сторони захисту не згодна категорично з наступних підстав:

ОБҐРУНТУВАННЯ КЛОПОТАННЯ

Подія кримінального правопорушення, передбачена ст. 367 ч. 2 КК України, про яку йде мова в клопотанні, відсутня.

У період з 2012 року по теперішній час я діяв в межах наданих мені повноважень, чітко виконуючи обов'язки, покладені на мене законом та посадовою інструкцією виключно в інтересах служби.

Підставами, якими обґрунтовано пред'явлену мені підозру, є:

— довідка перевірки *НАЗВА ПІДПРИЄМСТВА* від 17.06.15 р., яка згідно з ч. 2 ст. 84 КПК України не є джерелом доказів в рамках кримінального провадження та не відповідає вимогам належності та допустимості;

— висновок позапланової ревізії фінансово-господарської діяльності *НАЗВА ПІДПРИЄМСТВА* від 14.08.15 р., яка так само була вчинена хоча і в рамках кримінального провадження, проте не у процесуальний спосіб, оскільки чинний КПК України не містить такої слідчої (розшукової) дії, внаслідок чого не відповідає вимогам належності, допустимості та прийнятності;

— висновок судово-економічної експертизи № __ від 21.08.15 р., який ґрунтується на законодавчій базі, яка не має відношення до спірних правовідносин або взагалі втратила свою чинність, внаслідок чого є науково необґрунтованим та таким, який зроблений з порушенням норм матеріального права;

— протоколи допитів свідків, які можуть дати лише похідні та непрямі свідчення.

У зв'язку із відсутністю у матеріалах кримінального провадження прямих, достатніх та належних доказів, які б окремо або у своїй сукупності підтверджували факт скоєння мною кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 367 КК України, наявністю доказів, які доводять відсутність події кримінального правопорушення, є всі підстави для закриття вищевказаного кримінального провадження.

Продовження строків досудового розслідування обґрунтоване необхідністю вчинення таких дій:

1. Необхідністю отримання ухвали суду про проведення перевірки діяльності *НАЗВА ПІДПРИЄМСТВА* сільськогосподарською інспекцією в _____ області — відповідно до Положення про Державну інспекцію сільського господарства України, затвердженого Указом Президента України від 13.04.11 р. № 459/2011, до повноважень такої не входить проведення перевірки *НАЗВА ПІДПРИЄМСТВА*;



2. Необхідністю долучення до матеріалів кримінального провадження рішення Дворічанського районного суду Харківської області у адміністративній справі, предметом розгляду якого було рішення X сесії Кам'янської сільської ради Дворічанського району Харківської області V скликання від ____ № ____ . Дане провадження не стосується діяльності директора *НАЗВА ПІДПРИЄМСТВА*, належить періоду часу, коли взагалі не існувало *НАЗВА ПІДПРИЄМСТВА*, а отже, ніяким чином не може бути доказом у кримінальному провадженні, предметом якого є нібито допущена мною розтрата державних коштів.

З огляду на зазначене, підстав для продовження строків досудового розслідування немає через наявність обставин, які свідчать про відсутність достатніх підстав вважати, що сталася подія кримінального правопорушення, яка дала підстави для повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 297 КПК України).

На підставі вищевикладеного, відповідно до ч. 3 ст. 295, ст. 297 КПК України, керуючись п. 1 ч. 2 ст. 283, п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК України,

ПРОШУ:

У задоволенні клопотання про продовження строків досудового розслідування відмовити.

ДАТА

ПІДПИС

НАЗВА СУДУ

КОГО

В ІНТЕРЕСАХ КОГО

КЛОПОТАННЯ

про звільнення від кримінальної відповідальності підозрюваного

У провадженні Вашого суду розглядається кримінальна справа за обвинуваченням *ОСОБА 1*, *ДАТА* народження у скоєнні злочину, передбаченого ст. 309 ч. 1 Кримінального кодексу України, внесеного до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № ____ від *ДАТА*.

У зв'язку з тим фактом, що після скоєного вищевказаного злочину *ОСОБА 1*, маючи наркологічну залежність, добровільно звернувся до комунальної медично-лікувальної установи «Наркологічний диспансер м. _____» для лікування від наркологічної залежності, успішно пройшов курс лікування, умов та режиму лікування не порушував, прошу застосувати до підозрюваного ч. 4 ст. 309 Кримінального кодексу України.

На підставі вищевикладеного, відповідно до ч. 1 і 4 ст. 309 Кримінального кодексу України, керуючись п. 1 ч. 2 ст. 284, ст. 285, ч. 4 ст. 286, ч. 3, 4 і 5 ст. 288 Кримінального процесуального кодексу України,

ПРОШУ:

1. Звільнити *ОСОБА 1*, *ДАТА* народження, українця, громадянина України, освіта неповна середня, студента ПТУ № 7, який мешкає та зареєстрований за адресою: *АДРЕСА*, від кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення, передбачене ст. 309 ч. 1 КК України, внесене до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № ____ від *ДАТА*, на підставі ч. 4 ст. 309 КК України.

2. Кримінальне провадження № ____ від *ДАТА* відносно *ОСОБА 1* закрити.

ДАТА

ПІДПИС



НАЗВА СУДУ

КОГО

В ІНТЕРЕСАХ КОГО

**КЛОПОТАННЯ
про звільнення від кримінальної відповідальності підозрюваного**

У провадженні Вашого суду розглядається кримінальна справа за обвинуваченням *ОСОБА 1*, *ДАТА* народження у скоєнні злочину, передбаченого ст. 173 ч. 1 КК України, внесеного до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № ____ від *ДАТА*.

Обставинами, які згідно зі ст. 66 КК України пом'якшують покарання *ОСОБА 1*, є щире каяття та активне сприяння розкриттю злочину.

Обставин, які згідно зі ст. 67 КК України обтяжують покарання *ОСОБА 1*, не встановлено.

Згідно зі ст. 45 КК України особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Злочин, передбачений ст. 173 ч. 1 КК України, є злочином невеликої тяжкості згідно зі ст. 12 КК України.

Згідно з постановою пленуму ВСУ «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» від 23.12.05 р. звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК України) можливе в разі вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості. Такою, яка вчинила злочин уперше, вважається особа, котра раніше не вчиняла злочинів. Дійове каяття полягає в тому, що після вчинення злочину особа щиро покаялась, активно сприяла його розкриттю та повністю відшкодувала завдані збитки або усунула заподіяну шкоду.

Передбачене у ст. 45 КК України звільнення особи від кримінальної відповідальності є обов'язковим.

ОСОБА 1 не заперечує проти закриття кримінального провадження за вказаною підставою.

На підставі вищевикладеного, керуючись ст. 12 і 45 КК України, постановою пленуму ВСУ «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» від 23.12.05 р.,

ПРОШУ:

1. Звільнити *ОСОБА 1*, *ДАТА* народження, українця, громадянина України, освіта вища, працюючого, який мешкає та зареєстрований за адресою: *АДРЕСА*, від кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення, передбачене ст. 173 ч. 1 КК України, внесене до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № ____ від *ДАТА*, у зв'язку із дійовим каяттям.

2. Кримінальне провадження № ____ від *ДАТА* за ст. 173 ч. 1 КК України відносно *ОСОБА 1* ____ року закрити.

ДАТА

ПІДПИС