



Тема:

**1 – 2 червня
2018 року
відбулося
засідання РАУ**

с. 3

**Відбулася
13-та Щорічна
конференція
лідерів адвокатур**

с. 4

**Представники
НААУ взяли
участь у сесії
ССВЕ**

с. 5

**Узагальнення
практики
ВКДКА**

с. 9



ЗМІСТ

Новини та події

Відбулося чергове засідання РАУ.....	3
Відбулася 13-та Щорічна конференція лідерів адвокатур....	4
Представники НААУ взяли участь у сесії ССВЕ.....	5
Відбулася зустріч з представниками адвокатури Киргизстану.....	5
У Києві та Запоріжжі відбулися круглі столи «Медичне право: проблеми правореалізації і правозастосування».....	6

Цікава тема

Рівність доступу і відсутність монополії — Ігор Лапін про реформу у сфері судової експертизи.....	7
--	---

Адвокатська діяльність

Рішення ВКДКА від 01.03.18 р. «Про практику застосування кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю».....	9
Рішення ВКДКА від 01.03.18 р. «Про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури з питань допуску осіб до кваліфікаційних іспитів, а також складання таких іспитів»	14

Господарські справи

А. Волько

Стягнення штрафу за договором підряду можливе лише після узгодження істотних умов договору	20
---	----

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Ізовітова Л. П.

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Гвоздів В. А.

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Кухар О. І.

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Дроздов О. М.

Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

Крупнова Л. В.

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

Місяць А. П.

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

Болдін М. Я.

Голова Вищої ревізійної комісії адвокатури

Офіційний бюлетень Національної асоціації адвокатів України

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

Засновник

Національна асоціація адвокатів України

Юридична та фактична адреса засновника:

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

Секретаріат НААУ

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

Партнер НААУ



рмс



With faith in God and knowledge of law



Цивільні справи

О. Шутенко

Законодавчі новели ЦПК:
достовірність і достатність доказів..... 23

О. Розгон

Заборгованість за аліментами на дитину: звернення
стягнення на доходи та майно боржника 27

А. Сербіна

Особливості розлучення із особами, які зареєстровані в РФ... 35

Кримінальні справи

О. Несінов

Прогалини в практиці застосування кримінально-
процесуального законодавства, які доцільно
використовувати для успіху в процесі 40

Адміністративні справи

А. Сітніков

Робота адвоката з органами ДАБІ щодо примусового
виконання постанов про накладення штрафів через
призму права на справедливий суд..... 44

Рішення КСУ

О. Дроздов, О. Дроздова

Огляд рішень Великої Палати КСУ за період
з листопада 2017 року по травень 2018 року 48

Судова практика

Огляд судової практики Верховного Суду..... 59

Історія адвокатури

І. Василик, Т. Андрусак

Адвокат Олександр Кониський —
автор духовного гімну України..... 62

Головний редактор

Ізовітова Л. П.

Редактор

Ковтун М. С.

Загальний дизайн

Гладченко Ю. О.

Відповідальний випускаючий

Олійник Е. М.

Реєстраційне свідоцтво:

серія KB № 20370-10170P

Видавець

ТОВ «Видавничий будинок
«Фактор»

Редакція:

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

Віддруковано

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

Номер замовлення

4796

Загальний тираж видання

4300 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу

раз на місяць

Дата виходу

18.06.2018 р.

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор»,
2018.

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



ВІДБУЛОСЯ ЧЕРГОВЕ ЗАСІДАННЯ РАУ



1 — 2 червня 2018 року в Одеській області відбулося засідання РАУ. Під час засідання були розглянуті результати роботи Робочої групи з питань імплементації положень Концепції реформування процедури складення кваліфікаційного іспиту для отримання права на заняття адвокатською діяльністю. Підсумки діяльності представила і Робоча група з дослідження питання необхідності встановлення та затвердження мінімального розміру виплат на оплату послуг адвоката з надання професійної правової (правничої) допомоги.

На засіданні також було презентовано Єдиний портал аналітики судової практики Ratio Decidendi.

Під час засідання було презентовано проект UNBA NextGen, направлений на підтримку ініціатив та потреб молодих адвокатів, а також внесено зміни до Партнерської програми НААУ для бажаючих стати партнерами молодіжного проекту.

РАУ створила представництво НААУ в Швейцарії у м. Букс. Новий іноземний офіс очолить адвокат Іванна Бахтин.

Також РАУ створила Комітет з підвищення кваліфікації адвокатів та Комітет з антикорупційної політики і комп'ляйенсу. Окрім того, РАУ також внесла зміни до положення про Комітет з міжнародних зв'язків, за яким голова Комітету здійснює представництво НААУ у відносинах з міжнародними організаціями за дорученням.

Вступне слово **Голова НААУ, РАУ Лідія Ізовітова** присвятила перебігу реформи адвокатури та ситуації в безоплатній правовій допомозі. Так, наразі законопроект, який схвалений під егідою Ради з питань судової реформи, відкладений і не направлений до пар-

ламенту. Під час інтенсивного періоду його розробки НААУ неодноразово виступала проти кількох системних змін, які були закладені в законопроекті, стосовно моделі адвокатського самоврядування та порядку обрання складу ОАС.

«Ми відізналися неспхально про заміну представницьких конференцій на загальні збори і надали приклади, як відбувається підміна конференцій і проводяться кілька зборів в одному регіоні. Якщо ця нова модель буде впроваджена, то адвокатура порине в хаос і органи адвокатського самоврядування діяти не будуть», — наголосила Лідія Ізовітова.

Заступник Голови НААУ, РАУ Валентин Гвозд'їй повідомив, що НААУ продовжує консолідувати міжнародні зусилля на підтримки своєї критичної позиції стосовно законопроекту, і ближчим часом ця підтримка буде формалізована у серії звернень до українських державних органів.

Окрім того, у дискусіях стосовно змін до профільного закону НААУ вказувала на корупційні ризики внаслідок запровадження тлумачення адвокатської монополії у законопроекті РСР. Автори законопроекту пропонували, щоб державні органи та бюджетні установи могли представляти в судах штатні юристи, які мають призупинені свідоцтва про адвокатську діяльність.

«Йдеться про те, що такі адвокати стають залежними. Повинен бути окремий закон про публічні закупівлі правових послуг. Тоді можна на простіший основі відкрити доступ для адвокатів, щоб вони могли надавати послуги бюджетним установам і державним органам», — сказала Лідія Ізовітова.

Водночас якщо закон про адвокатуру не потребує кардинальних змін, то поточна ситуація в системі БПД створює підстави для того, щоб внести зміни до відповідного закону. Оскільки перед адвокатами виникла заборгованість за надання правової допомоги в системі БПД, витрати на цю систему необхідно оптимізувати за рахунок зменшення адміністративної складової. Адміністрування системи могли б взяти на себе ради адвокатів регіонів, які мають реєстри адвокатів та організаційні можливості підтримувати діяльність системи БПД.



ВІДБУЛАСЯ 13-ТА ЩОРІЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ ЛІДЕРІВ АДВОКАТУР



23 травня в м. Осло (Норвегія) розпочала свою роботу 13-та Щорічна конференція лідерів адвокатур (IBA Bar Leaders Conference). Конференція була організована Комісією з питань адвокатур Міжнародної асоціації адвокатур (за підтримки Асоціації адвокатів Норвегії). Конференція є важливим майданчиком для комунікації НААУ з адвокатурами світу, налагодження ефективної робочої комунікації, обміну досвідом та запровадження кращих світових практик професії адвоката. НААУ на цьому заході і представив **заступник Голови НААУ, РАУ Валентин Гвоздій**.

Центральною темою конференції стали питання незалежності адвокатури від держави, загрози для реалізації принципу верховенства права, які виникають в різних країнах.

Із виступів учасників конференції головним посилком є те, що національні адвокатури є надважливими інструментом у боротьбі за права людини, першою лінією захисту. Адвокати не повинні бути залежними від держави у жодний спосіб, оскільки захищають права людини в тому числі і в разі їхнього порушення з боку держави. Іншою важливою темою конференції стали питання постійного підвищення кваліфікації, зокрема навчання молодих юристів і формування майбутнього юридичної професії.

Також в Осло відбулася зустріч лідерів адвокатур країн Європи, Америки та Азії, присвячена сучасним викликам перед професією. У зустрічі взяли участь лідери адвокатур Норвегії, Швеції, президент Американської асоціації адвокатів (ABA), представники ад-

вокатур Німеччини, Швейцарії, Італії, Великої Британії, Аргентини, Японії, Південної Кореї та багато інших. Під час зустрічі були презентовані результати дослідження, яке проводила Міжнародна асоціація адвокатів (IBA) серед 6 тисяч адвокатів по всьому світу на теми гендерної рівності, проблем дискримінації, сексуальних домагань та булінгу. З даних опитування відомо, що з проблемами булінгу у зв'язку з роботою стикаються кожна друга жінка-адвокат та кожен третій чоловік. Результати дослідження понад 6 тисяч адвокатів у глобальному розрізі збігаються зі світовим зростанням занепокоєності з приводу поширення неправомирної поведінки на роботі. В юриспруденції, медіа, індустрії розваг та політиці в останній рік пролунали гучні звинувачення у домаганнях та булінгу. Водночас такий підхід є неприйнятним у робочих стосунках, він особливо кричущий в юридичній професії, яка базується на єдності та високих етичних стандартах, — ідеться у презентації. Департамент досліджень IBA продовжить вивчення цих питань, щоб напрацювати на основі емпіричних даних рекомендації з протидії дискримінаційним практикам у професії.

В українській адвокатурі тематика гендерної рівності не була предметом спеціального дослідження. Відповідно до даних ЄРАУ, 35 % українських адвокатів є жінки, 65 % — чоловіки; в органах адвокатського самоврядування ця статистика ще більш позитивна на користь жінок: 44 %, чоловіків — 56 %. Міжнародна співпраця дає нам можливості звернути увагу на нові виклики, які виходять за межі професійної проблематики і перебувають у фокусі уваги відкритих суспільств по всьому світу, — прокоментував підсумки зустрічі Валентин Гвоздій.

У рамках цієї конференції Валентин Гвоздій провів зустріч з **новообраним президентом Федерації правничих товариств Канади Шілою Макферсон**. Темою зустрічі стала співпраця між адвокатурами України і Канади, зокрема підтримка у посиленні інституційної спроможності адвокатського самоврядування в Україні, обмін досвідом між професійними спільнотами двох країн та розширення можливостей для підвищення кваліфікації адвокатів.



ПРЕДСТАВНИКИ НААУ ВЗЯЛИ УЧАСТЬ У СЕСІЇ ССВЕ

18 травня 2018 року заступник Голови НААУ, РАУ **Валентин Гвоздій** та заступник голови Комітету з міжнародних зв'язків **Віталій Власюк** взяли участь у роботі пленарної сесії ССВЕ у м. Прага. Протягом роботи пленарної сесії обговорювалися такі питання, як взаємодія адвокатів з Європейськими судовими установами, новації законодавства у сферах протидії відмиванню «брудних» коштів та роботи з персональними даними, деякі аспекти міграційних проблем, проводилося обговорення оновленого Кодексу поведінки (етичного кодексу) для членів ССВЕ. Делегати від НААУ взяли активну участь в обговоренні зазначених питань. Окрім цього, Валентин Гвоздій мав честь виступити з короткою промовою, у якій поінформував європейських колег про останні здобутки й виклики, що стоять перед національною адвокатурою.

У ході роботи на пленарній сесії ССВЕ відбулася зустріч з президентом Міжнародної асоціації молодих юристів **Вібе де Врісом**. Представникам НААУ вдалося домовитися про посилення співпраці, зокрема прийняття України до згаданої асоціації. У свою чергу, це



відкриває безліч нових можливостей молодим адвокатам: спілкування з колегами з більш ніж п'ятдесяти країн світу, участь у наукових заходах і програмах обміну, отримання досвіду від найкращих адвокатів світу.

Практичною основою для співпраці стане новий проект НААУ — UNBA NextGen. Переконані, що ці зусилля забезпечать формування справжніх адвокатів майбутнього.

ВІДБУЛАСЯ ЗУСТРІЧ З ПРЕДСТАВНИКАМИ АДВОКАТУРИ КИРГИЗСТАНУ



Голова НААУ, РАУ **Лідія Ізовітова** провела зустріч з делегацією Ради адвокатів Киргизстану. До Києва з візитом прибули голова Ради адвокатів Киргизстану

Білім Райимкулов разом із заступником, член Ради адвокатів Киргизстану **Айзана Ніязалієва**, координатор правової програми фонду «Сорос-Киргизстан» **Тохміна Ашуралієва**.

Метою зустрічі став обмін досвідом розбудови адвокатського самоврядування та участі адвокатури у напрацюванні профільного законодавства. Зокрема, були обговорені такі аспекти, як взаємодія регіональних та національних органів, система виборів та залучення адвокатів до самоврядування, бюджетування, інші організаційні та фінансові питання діяльності самоврядних органів. Окремим блоком розмови стали порядок доступу до професії та підвищення кваліфікації адвокатів. Під час зустрічі йшлося й про роботу адвокатів у системі БПД. Також між сторонами було підписано меморандум про співпрацю.



У КИЄВІ ТА ЗАПОРІЖЖІ ВІДБУЛИСЯ КРУГЛІ СТОЛИ «МЕДИЧНЕ ПРАВО: ПРОБЛЕМИ ПРАВОРЕАЛІЗАЦІЇ І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ»

21 травня 2018 року у м. Києві відбувся другий круглий стіл із серії круглих столів з медичного права на тему «Медичне право: проблеми правореалізації і правозастосування». Захід організовано Комітетом медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ, ВБО «Українська Фундація Правової Допомоги», ГО «Фундація медичного права та біоетики України» за підтримки МФ «Відродження».

У круглому столі взяли участь представники Генеральної прокуратури України, Управління забезпечення прав людини Національної поліції України та Міністерства охорони здоров'я України, а також адвокати, зокрема члени Комітету медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ.

Модератором заходу виступила голова Комітету медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ **Ірина Сеньюта**. Під час заходу обговорювались питання новел медичної реформи, зокрема договірного регулювання відносин у сфері охорони здоров'я, реформування пенітенціарної медицини, алгоритми проведення заходів медичного характеру в ізоляторах тимчасового тримання, першочергові дії для забезпечення права на медичну допомогу в місцях несвободи та інші важливі теми.

Також 21 травня відбулось чергове **засідання Ко-**



мітету медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ.

На початку засідання голова Комітету Ірина Сеньюта представила шістьох нових членів Комітету. У подальшому було заслухано звіт голови Комітету про результати роботи Комітету за 2 квартал, обговорено розроблені в межах Комітету методичні рекомендації для адвокатів на тему «Цивільно-правовий захист права на медичну допомогу» та методичні рекомендації для широкого кола читачів, присвячені правовим проблемам вакцинації.

Голова Комітету, яка є національним представником Європейської асоціації медичного права (ЕАНЛ), презентувала діяльність цієї Асоціації та закликала членів Комітету долучитись до членства в Асоціації і брати активну участь у її роботі. Обговорено перспективні напрями співпраці з Радою Європи за програмою HELP, а також затверджено план роботи на наступний квартал.

Ще один круглий стіл відбувся 25 травня 2018 року у м. Запоріжжя. У цьому заході взяли участь адвокати, зокрема члени Комітету, судді, представники органів досудового розслідування, судові експерти, науковці та викладачі закладів вищої освіти. До дискусії долучились доповідачі-судді Запорізького окружного адміністративного суду, представники органів прокуратури та поліції, адвокати та науковці.





РІВНІСТЬ ДОСТУПУ І ВІДСУТНІСТЬ МОНОПОЛІЇ — ІГОР ЛАПІН ПРО РЕФОРМУ У СФЕРІ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

Питання щодо змін у системі судової експертизи дуже швидко набуло чуток і домислів, які насправді не дуже відображають реальну ситуацію. Для скептиків достатньо сказати, що хто б що не говорив, а реформа давно назріла, тому вона буде проводитись. Охочим приєднатися поясню зміст запропонованих змін і коротко розповім передісторію.

Трохи більше року до мене звернулись судові експерти з проханням долучитися до роботи над законопроектом. Попередній текст документа в них був. Більше того, певний період часу його обговорювала Громадська рада при Міністерстві юстиції. Однак зміна влади і революційні, а потім і військові події відсунули вирішення цього питання на дальший період.

Судова експертиза — на перший погляд, досить вузька сфера, тому зацікавлених вникати в суть виявилось не так багато. Але коли звертаюсь до депутатів і міністрів щодо необхідності змін, розуміння того, що саме від експертизи часто залежить рішення суду розширює коло зацікавлених. Адже судовій експертизі по праву належить вагоме місце в судовій системі.

Отже, спочатку був зареєстрований законопроект 6264 «Про судово-експертну діяльність в Україні», про який згадував вище і який напрацьовувався судовими експертами. І це правильно, бо депутати можуть проголосувати, але писати проект мають фахівці, які знають середовище і в ньому працюють. Точка зору і рекомендації практиків — це успіх і самої реформи, і тих, хто її проводить. Зрештою, це запорука якісного функціонування галузі, яку реформують.

Однак критиків виявилось чимало. Тому щоб середовище фахівців могло висловитись, ми провели низку круглих столів та обговорень, щоб удосконалити внесений законопроект. І вже цього року був зареєстрований доопрацьований експертами законопроект № 8223 «Про судову експертизу та самоврядування судових експертів».

Чому склалася така ситуація і навіщо акцент на самоврядування?



На етапі обговорення поправок до процесуальних кодексів, які торкнулися і сфери судової експертизи, було зрозуміло, що спроби монополізувати ринок і віддати проведення окремих видів експертиз виключно експертам, які працюють у державних спеціалізованих установах, загальмує хід судових справ, бо на експертизи доведеться чекати не один місяць, а може, й не один рік. Тому в ситуацію треба втручатися комплексно.

На сьогодні визначені стратегічні питання, які у сфері судових експертиз треба змінити або запровадити. Так, одним з ключових питань законопроекту є подолання монополії держави на проведення судових експертиз. Від демонополізації нам нікуди не подітись. Це вимога часу. На сьогодні монополія держави скасована в таких сферах публічної діяльності, як нотаріат, арбітражні керуючі, оціночна та аудиторська діяльність, третейські суди. Далі — судова експертиза.

Другий важливий момент — законопроект зміщує акценти зі спеціалізованих судово-експертних установ на судового експерта, який є центральною фігурою процесу. Адже саме судовий експерт, а не установа, несе юридичну відповідальність, зокрема адміністративну, дисциплінарну та кримінальну за наданий висновок.



У законопроекті виокремлені три ключові проблеми, які, за визначенням судових експертів, зрушать з місця давно очікувану реформу:

1) подолання монополії держави на проведення судових експертиз;

2) залучення приватних (незалежних) експертів (на рівні з експертами держустанов) до написання та впровадження методик проведення судових експертиз;

3) єдиний систематизований підхід до підготовки та атестації судових експертів, без виокремлення, коли державні експерти проходять підготовку у своїх установах, приватні (незалежні) — у Міністерстві юстиції.

Врегулювання питання атестації на кваліфікаційній комісії, створеній при Міністерстві юстиції, є тимчасовим, перехідним етапом, до моменту, поки експерти не створять самоврядну організацію, щоб перебрати усі функції управління у сфері судової експертизи.

Прикладів створення подібних асоціацій на сьогодні є чимало. Тому, говорячи про самоврядування, самоуправління судових експертів, ми можемо скористатися досвідом побудови такої системної структури в будь-якій дотичній сфері. Тут важливо зрозуміти єдине — розрізненість експертів — це їхня слабкість в боротьбі проти закоренілої системи. Об'єднання судових експертів в єдину асоціацію відкриває їм дорогу не лише до механізмів управління в цій сфері, а й до формування самостійної системи, ринку праці, конкурентності, стабільності. Вважаю, такі принципи мають зацікавити навіть противників цієї реформи, і вони переглянуть свій підхід до ситуації.

Ігор Лапін,

*Народний депутат України, член Комітету
Верховної Ради України з питань правової політики
та правосуддя*

ПОРУШУЮТЬ ТВОЇ ПРАВА?



КОМІТЕТ ЗАХИСТУ
ПРАВ АДВОКАТІВ НААУ



телефонуй

(067) 692-44-43*

**гаряча лінія працює цілодобово*



**ВИЩА КВАЛІФІКАЦІЙНО-ДИСЦИПЛІНАРНА КОМІСІЯ АДВОКАТУРИ****РІШЕННЯ**

01 березня 2018 року

м. Київ

***Про практику застосування кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями
адвокатури дисциплінарного стягнення у вигляді
зупинення права на заняття адвокатською діяльністю***

Відповідно до ст. 31 та 35 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі — Закон) зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року є одним із трьох видів дисциплінарних стягнень, що може бути застосовано до адвоката за вчинення дисциплінарного проступку. Зміст такого стягнення полягає у тому, що протягом строку зупинення права на заняття адвокатською діяльністю адвокат не має права її здійснювати. Такий адвокат також не може брати участі в роботі органів адвокатського самоврядування, крім випадків, коли таке право зупинено у зв'язку з призначенням особи на посаду до органу державної влади з'їздом адвокатів України. Відомості про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю вносяться до Єдиного реєстру адвокатів України (ЕРАУ).

Вирішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів належить до повноважень кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури (КДКА), а дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється КДКА за адресою робочого місця адвоката, зазначеною в ЕРАУ (ч. 3 ст. 33, ст. 50 Закону).

Узагальнення практики застосування КДКА дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю свідчить про те, що цей вид стягнення застосовується не завжди правильно. У низці випадків допускаються помилки: у встановленні конкретних дій адвоката, що свідчать про вчинення ним дисциплінарного проступку; у кваліфікації порушення відповідно до статей Закону та Правил адвокатської етики (ПАЕ) та не зазначені конкретні норми статей, які порушені адвокатом; в обґрунтуванні застосування саме такого виду дисциплінарного стягнення із зазначенням конкретної частини відповідної статті Закону, яка дає право застосувати такий вид дисциплінарного стягнення (ч. 2 ст. 31 Закону) тощо.

З метою забезпечення правильного й однакового застосування законодавства при розгляді кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури дисциплінарних справ та прийняття рішення про застосування дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури, заслухавши доповідь та пропозиції заступника голови ВКДКА Місяця А. П. про результати роботи робочої групи, утвореної колегіальним рішенням ВКДКА, відповідно до п. 2 ч. 4 ст. 52 Закону, п.п. 2 п. 3 розд. 2 Положення про ВКДКА, пп. 4.1 та 4.4. Регламенту ВКДКА, вирішила таке:

1. Звернути увагу кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури на необхідність неухильного додержання норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Правил адвокатської етики та Регламенту кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону, затвердженого рішенням Ради адвокатів України від 17.12.2013 № 268 (з подальшими змінами), та потребу захищати права всіх учасників дисциплінарного провадження під час розгляду справи та ухваленні рішення про застосування дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю.

2. Правові норми, які регулюють накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю, визначені Законом.



Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю може застосовуватися виключно у разі (ст. 31 Закону):

- 1) повторного протягом року вчинення дисциплінарного проступку;
- 2) порушення адвокатом вимог щодо несумісності;
- 3) систематичного або грубого одноразового порушення ПАЕ.

Право на заняття адвокатською діяльністю зупиняється з дня прийняття КДКА відповідного рішення.

Рішення КДКА про зупинення права на заняття адвокатською діяльністю може бути оскаржено протягом тридцяти днів з дня його прийняття до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (ВКДКА) або до суду. Оскарження такого рішення не зупиняє його дії.

Адвоката може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з підстав, передбачених цим Законом. Дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється КДКА за адресою робочого місця адвоката, зазначеною в ЄРАУ (ст. 33 Закону).

Підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку (ст. 34 Закону).

Дисциплінарним проступком адвоката є:

- 1) порушення вимог несумісності;
- 2) порушення присяги адвоката України;
- 3) порушення ПАЕ;
- 4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення;
- 5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків;
- 6) невиконання рішень органів адвокатського самоврядування;
- 7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом.

Не є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності винесення судом або іншим органом рішення не на користь його клієнта, скасування або зміна судового рішення або рішення іншого органу, винесеного у справі, в якій адвокат здійснював захист, представництво або надавав інші види правової допомоги, якщо при цьому не було вчинено дисциплінарного проступку.

Адвокат може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності протягом року з дня вчинення дисциплінарного проступку (ст. 35 Закону).

Дисциплінарне провадження складається з таких стадій (ст. 37 Закону):

- 1) проведення перевірки відомостей про дисциплінарний проступок адвоката;
- 2) порушення дисциплінарної справи;
- 3) розгляд дисциплінарної справи;
- 4) прийняття рішення у дисциплінарній справі.

Порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність, визначений Положенням, затвердженим рішенням Ради адвокатів України від 30.08.2014 № 120 (із змінами).

3. У 2017 році ВКДКА було розглянуто 20 скарг на рішення КДКА про застосування до адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю. Лише 7 (35 %) рішень КДКА за підсумками перевірки у ВКДКА виявилися вірними та були залишені без змін.

Щодо решти:

— 2 рішення КДКА регіону скасовано та застосовано дисциплінарне стягнення у вигляді попередження;

— 2 рішення КДКА регіону про застосування дисциплінарного стягнення у вигляді попередження скасовано та застосовано зупинення права на заняття адвокатською діяльністю;



- 1 рішення КДКА регіону скасовано та застосовано цей же вид дисциплінарного стягнення, але на більш тривалий строк;
- 3 рішення КДКА регіону скасовано, дисциплінарну справу закрито;
- 4 рішення КДКА регіону скасовано, матеріали дисциплінарної справи направлено на новий розгляд на стадію розгляду дисциплінарної справи;
- 1 рішення КДКА регіону щодо закриття дисциплінарної справи скасовано та застосовано зупинення права на заняття адвокатською діяльністю.

4. У питанні застосування п. 1 ч. 2 ст. 31 Закону ознаки повторного протягом року вчинення адвокатом дисциплінарного проступку необхідно враховувати таке.

Адвокат, який раніше притягався до дисциплінарної відповідальності (до нього було застосовано стягнення у вигляді попередження), знову вчинив дисциплінарний проступок. До адвоката, який вдруге порушив положення Закону та ПАЕ, КДКА застосувала стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю строком на три місяці. При визначенні стягнення було враховано ознаку повторного протягом року вчинення адвокатом дисциплінарного проступку.

ВКДКА, проаналізувавши оскаржене рішення КДКА, вважала його обґрунтованим, а доводи мотивованими (рішення від 29.03.2017 № III-017/2017). При цьому, аналізуючи питання застосування ознаки повторності протягом року, у ВКДКА виходили із того, що для кваліфікації проступку за п. 1 ч. 2 ст. 31 Закону має бути дотримано сукупність таких умов:

- строк між датами рішення про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності за первинний дисциплінарний проступок і встановленим часом (датою) вчинення повторного, тобто другого, дисциплінарного проступку не перевищує один рік;
- положення ч. 2 ст. 35 Закону, згідно з якою адвокат може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності протягом року з дня вчинення дисциплінарного проступку, дотримані стосовно кожного окремо взятого дисциплінарного проступку адвоката.

5. Для застосування п. 3 ч. 2 ст. 31 Закону при кваліфікації дисциплінарного проступку як грубе одноразове порушення ПАЕ слід виходити з аналізу обставин справи у кожному конкретному випадку. При цьому якщо здійснюється кваліфікація як грубе одноразове порушення ПАЕ, враховуючи те, що поняття «грубе» не визначене діючим законодавством та є оціночним поняттям, необхідно конкретизувати, чому КДКА регіону вважає, що таке порушення є грубим. Також необхідно враховувати, щоб таке порушення було одноразове, тобто не вчинялося адвокатом до цього. Слід також звернути увагу на те, що п. 3 ч. 2 ст. 31 Закону містить таку кваліфікацію як систематичне порушення правил адвокатської етики, а тому лише посилання на пункт та частину цієї статті є необґрунтованим, у зв'язку із чим КДКА регіону необхідно конкретизувати кваліфікацію за п. 3 ч. 2 ст. 31 Закону, тобто зазначити, чи має місце систематичне порушення ПАЕ чи грубе одноразове порушення ПАЕ.

5.1. Так, зокрема, дії адвоката, що призвели до порушення прав та законних інтересів одразу кількох інших учасників відносин, визначених різними розділами ПАЕ, — клієнт (розділ III), суд та інші учасники судового провадження (розділ IV), інші органи та особи (розділ V), інші адвокати (розділ VI), — можуть бути кваліфіковані як грубе порушення ПАЕ.

Адвокат отримав доручення регіонального центру БПД щодо надання безоплатної вторинної правової допомоги під час проведення окремої процесуальної дії. У судовому засіданні підзахисний відмовився від послуг адвоката, пославшись на наявність договору про правову допомогу, укладеного з іншим адвокатом. Слухання справи було відкладено. На наступному засіданні захисник за договором заявив відвід судді, який був задоволений. Засідання із іншим головуючим суддею по справі було призначено цього ж дня, але на нього, «на прохання судді», з'явився адвокат, який раніше отримував доручення



регіонального центру БПД. Всупереч волі підзахисного він намагався взяти участь у судовому засіданні як захисник. Через це виникла суперечка між підзахисним та суддями. Судове засідання було закрито через неможливість подальшого розгляду.

Згідно зі ст. 23 ПАЕ до укладення договору з клієнтом адвокат (особа, уповноважена на підписання договору про надання правової допомоги від імені адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання) повинен з'ясувати у нього, чи він не зв'язаний чинним договором з іншим адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням) на виконання тотожного або такого, що частково збігається за обсягом, доручення.

Якщо клієнт зв'язаний чинним договором з іншим адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням) на виконання тотожного або такого, що частково збігається за обсягом, доручення та бажає залучити ще одного адвоката (адвокатське бюро, адвокатське об'єднання), адвокат (особа, уповноважена на підписання договору про надання правової допомоги від імені адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання), у випадку згоди на це клієнта, зобов'язаний одразу після укладення договору про надання правової допомоги проінформувати про це адвоката (адвокатським бюро, адвокатське об'єднання), який раніше прийняв доручення від клієнта.

Неприпустимо прямо або опосередковано схилити клієнта до зміни адвоката (адвокатського бюро, адвокатського об'єднання), якщо немає об'єктивних підстав вважати, що подальше надання правової допомоги клієнту іншим адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням) може завдати шкоди його інтересам.

З урахуванням цього, поведінка адвоката була кваліфікована за п. 3 ч. 2 ст. 31 Закону як одноразове грубе порушення ПАЕ. Рішенням КДКА, з яким погодилася ВКДКА (рішення від 29.03.2017 № III-014/2017), адвоката було притягнуто до дисциплінарної відповідальності у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю строком на шість місяців.

5.2. Також грубим одноразовим порушенням ПАЕ, з урахуванням обставин справи, може бути невиконання рішень органів адвокатського самоврядування, що є окремою підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, передбаченою ч. 6 ст. 34 Закону.

Зокрема, порушення адвокатом порядку та строків сплати щорічних внесків адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування відповідно до п. 2.2 Положення про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування, затвердженого рішенням Ради адвокатів України від 16.02.2013 № 72, вважається невиконанням рішення органу адвокатського самоврядування. При цьому відповідно до ПАЕ адвокат також зобов'язаний дотримуватись загальнообов'язкових рішень органів адвокатського самоврядування.

Відповідне рішення КДКА про застосування до адвоката, який порушив порядок сплати щорічних внесків, дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю строком на шість місяців, було залишено ВКДКА без змін (рішення від 30.08.2017 № VIII-15/2017).

5.3. При вирішенні КДКА питання можливості застосування ознаки грубого порушення має враховуватися те, що в межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнта (ст. 8 ПАЕ).

Адвоката, який на знак протесту залишив судове засідання, КДКА притягла до дисциплінарної відповідальності і застосувала стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю строком на один рік.

Під час засідання ВКДКА клієнт адвоката, з яким було укладено договір про надання правової допомоги, повідомив, що саме він надав вказівку адвокату про залишення зали судового засідання.

Ухвалюючи рішення у справі, у ВКДКА, зокрема, звернули увагу на пп. 2.7 та 3.1 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятий делегацією дванадцяти країн-учасниць



на пленарному засіданні у Страсбурзі 1988 року. Відповідно до них, керуючись нормами законодавства і правилами професійної етики, адвокат завжди зобов'язаний діяти в інтересах клієнта, які для нього завжди преважують перед його власними та інтересами колег-юристів. При здійсненні професійної діяльності адвокат зобов'язаний керуватися вказівками клієнта. Зважаючи на це, рішення КДКА було скасовано, а дисциплінарна справа стосовно адвоката закрита (рішення від 31.05.2017 № V-020/2017).

6. Під час обрання дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю КДКА мають враховувати обставини вчинення проступку, його наслідки, особу адвоката та інші обставини, що передбачено абз. 2 ч. 1 ст. 41 Закону.

Адвокат, надаючи правову допомогу, допустила порушення вимог ст. 24 Закону щодо оформлення адвокатського запиту. Зокрема, ордер, на підставі якого запитувались документи, був виписаний адвокатом самим на себе.

Оскільки адвокат не має права у своїй професійній діяльності вдаватися до засобів та методів, які суперечать чинному законодавству або ПАЕ (ч. 3 ст. 7 ПАЕ), КДКА притягла адвоката до дисциплінарної відповідальності та застосувала стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю.

Переглядаючи за скаргою адвоката цю справу, у ВКДКА відзначили, що адвокат діяв в інтересах довірителя під час надання правової допомоги і, врешті, клієнт отримав позитивний результат. З урахуванням обставин вчинення проступку, відсутності негативних настання наслідків та особи адвоката, ВКДКА вирішила скасувати рішення КДКА та застосувати до адвоката дисциплінарне стягнення у вигляді попередження (рішення від 27.09.2017 № IX-006/2017).

7. Наслідки вчинення адвокатом дисциплінарного проступку також мають ураховуватися під час визначення КДКА строку (від одного місяця до одного року) зупинення права на заняття адвокатською діяльністю.

Адвокат, який згідно з договором про надання правової допомоги мав представляти права та законні інтереси клієнта в суді по справі, не подав позовної заяви та апеляційної скарги, чим не виконав умови договору.

КДКА застосувала до адвоката дисциплінарне стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю строком на три місяці. У ВКДКА врахували, що адвокат фактично позбавив клієнта права на доступ до правосуддя, що призвело до величезних збитків, які вимушено нести підприємство. Також члени Вищої комісії погодилися із доводами скаржника про те, що стягнення, застосоване до адвоката рішенням КДКА, не співрозмірне із вчиненим дисциплінарним проступком.

З огляду на це, ВКДКА (рішення від 31.10.2017 № X-020/2017) скасувала рішення КДКА та ухвалила нове рішення, яким застосувала до адвоката дисциплінарне стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю строком на дев'ять місяців.

8. Скасування рішень КДКА про застосування дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю та направлення ВКДКА матеріалів дисциплінарної справи на новий розгляд до КДКА переважно пов'язані із порушеннями, допущеними у дисциплінарних палатах під час розгляду дисциплінарних справ та неналежним оформленням прийнятого рішення.

8.1. Зокрема, слід ураховувати, що адвокат, стосовно якого порушено дисциплінарну справу, має право надавати пояснення, ставити запитання учасникам провадження, висловлювати заперечення, подавати докази на підтвердження своїх доводів, заявляти клопотання і відводи, користуватися правовою допомогою адвоката.

Адвокат, до якого було застосовано дисциплінарне стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на шість місяців, не зміг взяти участь у засіданні у зв'язку із захворюванням. Через це він був позбавлений можливості надати свої пояснення та висловити заперечення. За таких



обставин ВКДКА скасувала рішення КДКА та направила матеріали дисциплінарної справи до КДКА регіону на стадію розгляду справи (рішення від 20.04.2017 № IV-006/2017).

У цій же дисциплінарній справі у КДКА порушили вимогу ст. 41 Закону щодо вмотивованості рішення, а саме — не було здійснено належним чином оцінки дій адвоката. Також було встановлено факт порушення презумпції невинуватості адвоката.

8.2. У частині оформлення рішень про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності за вчинення дисциплінарного проступку і застосування до нього дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю КДКА слід ураховувати, що відсутність у тексті певних даних має наслідком скасування цього рішення. До таких даних, з урахуванням практики розгляду ВКДКА скарг, відносяться:

- опис конкретних дій адвоката, що були кваліфіковані як дисциплінарний проступок;
- час (конкретна дата) вчинення дисциплінарного проступку, що дозволяє забезпечити дотримання строку притягнення до дисциплінарної відповідальності. У разі неможливості визначення конкретної дати такий факт має бути належним чином обґрунтований. У деяких випадках порушення може бути тривалим, що, у свою чергу, потребує додаткового обґрунтування цієї обставини;
- конкретні статті Закону та ПАЕ, за якими дії адвоката кваліфікуються як дисциплінарний проступок;
- посилання на конкретні підстави застосування дисциплінарного стягнення у вигляді зупинення права на заняття адвокатською діяльністю відповідно до ч. 2 ст. 31 Закону з належним обґрунтуванням ознак, передбачених пп. 1 — 3 зазначеної статті.

Голова Вищої кваліфікаційно-
дисциплінарної комісії адвокатури

О. М. Дроздов

Секретар Вищої кваліфікаційно-
дисциплінарної комісії адвокатури

К. В. Котелевська

ВИЩА КВАЛІФІКАЦІЙНО-ДИСЦИПЛІНАРНА КОМІСІЯ АДВОКАТУРИ

РІШЕННЯ

01 березня 2018 року

м. Київ

Про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури з питань допуску осіб до кваліфікаційних іспитів, а також складання таких іспитів

Порядок допуску до складення кваліфікаційного іспиту, порядок складення кваліфікаційного іспиту та методика оцінювання результатів складення кваліфікаційного іспиту для набуття права на заняття адвокатською діяльністю в Україні розроблено і затверджено рішенням Ради адвокатів України від 17.12.2013 № 270 (далі — Порядок) на виконання положень Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі — Закон).

Цей Порядок визначає перелік документів, що подаються особами, які виявили бажання скласти кваліфікаційний іспит для набуття права на заняття адвокатською діяльністю, правила допуску до складення кваліфікаційного іспиту, складення кваліфікаційного іспиту, оцінювання результатів кваліфікаційного



іспиту та прийняття рішення за результатами складення кваліфікаційного іспиту регіональними кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури.

Наявна практика розгляду Вищою кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури з питань допуску осіб до кваліфікаційних іспитів, а також складання таких іспитів дає можливість виділити окремі правові висновки та позиції, що можуть бути використані кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури як система орієнтирів під час ухвалення рішень щодо визнання особи такою, що не склала кваліфікаційний іспит, про відмову у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту, з питань допуску осіб до кваліфікаційних іспитів тощо.

Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури, заслухавши доповідь та пропозиції заступника голови ВКДКА Місяця А. П. про результати роботи робочої групи, утвореної колегіальним рішенням ВКДКА, відповідно до пункту 3 частини 4 статті 52 Закону, п. 4.1 Регламенту ВКДКА вирішила наступне.

1. Факт ненадання регіональною КДКА особі, яка складає письмовий іспит, фабул справ, необхідних для виконання завдань, є підставою для скасування рішення регіональної КДКА про визнання особи такою, що не склала кваліфікаційний іспит, про відмову у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту.

Відповідно до п. 13.5 Порядку для виконання трьох завдань із різних галузей права особі, яка складає письмовий іспит, надаються підготовлені кваліфікаційною палатою КДКА фабули справ із зазначенням видів процесуальних документів, які мають бути складені цією особою, або матеріали (судові рішення, інші документи), необхідні для виконання завдань. Фабули і комплекти матеріалів затверджуються рішенням КДКА. Процесуальні документи, складені особою, мають відповідати вимогам процесуального права та містити правове обґрунтування.

В порушення п. 13.5 Порядку кваліфікаційними палатами КДКА не були надані фабули справ, необхідні для виконання завдань. За наслідками розгляду скарг осіб, які не склали кваліфікаційний іспит та яким відмовлено у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту, на рішення регіональних КДКА ВКДКА при виявленні таких порушень скасовано рішення регіональних КДКА та зобов'язано провести повторний кваліфікаційний іспит у найближчий час проведення такого іспиту.

Така практика знайшла своє відображення у рішеннях ВКДКА № IX-003/2017 від 27 вересня 2017 року, № II-001/2017 від 23 лютого 2017 року, № IV-004/2017 від 20 квітня 2017 року, № IV-008/2017 від 20 квітня 2017 року, № IV-009/2017 від 20 квітня 2017 року, № IX-023/2017 від 28 вересня 2017 року, № IX-005/2017 від 27 вересня 2017 року.

2. Диференційовані бали під час оцінювання завдань письмового іспиту встановлені лише для відмінного та доброго рівня оцінювання.

Особа, якій відмовлено у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту, звернулась до ВКДКА зі скаргою на рішення регіональної КДКА.

Оскаржуваним рішенням затверджено середній результат оцінювання письмового кваліфікаційного іспиту у кількості 30 (тридцять) балів, у зв'язку з чим відмовлено у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту.

Не погоджуючись із таким рішенням кваліфікаційної палати, скаржник зазначив, що кваліфікаційною палатою не було дотримано вимоги рішення Ради адвокатів України від 11.06.2016 № 150 стосовно змісту наданих та розроблених КДКА білетів.

У ході перевірки фактів, викладених у скарзі, ВКДКА встановлено, що обраний білет для складання іспиту був сформований КДКА відповідно до Програми складання кваліфікаційного іспиту, затвердженої рішенням Ради адвокатів України від 01.06.2013 № 153, та затверджений рішенням КДКА.

Відповідно до п. 15 розділу 4 Порядку оцінювання завдань письмового іспиту здійснюється за такими критеріями:



відмінний рівень — 26 — 30 балів;
добрий рівень — 21 — 25 балів;
задовільний рівень — 20 балів;
незадовільний рівень — 0 балів.

Однак у супереччя наведеним положенням у відомості з оцінювання результатів складання кваліфікаційного іспиту КДКА містяться оцінки в 5, 7, 3 бали, що не передбачено вказаним Порядком.

Відповідно ВКДКА (рішення від 23.02.2017 № II-011/2017) скасувала рішення КДКА.

3. Як незадовільний рівень оцінюється письмове завдання у випадку, якщо воно не було підготовлене або було підготовлене неправильно.

Особа, яка не склала письмовий іспит, звернувшись до ВКДКА зі скаргою на рішення кваліфікаційної палати КДКА. Оскаржувані рішення КДКА скарги затверджено результати письмового іспиту у 64 залікових бали, у зв'язку з чим останнього визнано таким, що не склав кваліфікаційний іспит, та відмовлено у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту адвоката. Оцінюванню підлягали підготовлені скаргником документи, які містяться в матеріалах кваліфікаційної справи.

Відповідно до п. 13.3 Порядку особа, яка складає кваліфікаційний іспит, має підготувати вказані в обраному нею екзаменаційному білеті три завдання із різних галузей права та письмовий висновок щодо правової позиції та тактики захисту або надання іншої правової допомоги по факту справи. Завдання з галузей права мають бути виконані в формі процесуальних документів.

Згідно з п. 13.9 Порядку оцінка кожного з чотирьох письмових завдань здійснюється двома членами кваліфікаційної палати і головою КДКА, якщо останній бере участь у її засіданні, за шкалою від 0 до 30 балів. Середній бал за результатами складання письмового іспиту, вирахований як середньоарифметичне число від сумарної кількості виставлених балів, не може перевищувати 120 і бути меншим за 80 балів.

Пункт 13.12 Порядку встановлює, що особа, яка за результатами складання письмового іспиту отримала 80 балів і більше, вважається такою, що успішно склала письмовий іспит.

Письмове завдання кваліфікаційною палатою КДКА було оцінено у 0 балів. Так, 0 балів («незадовільний рівень») оцінюється у випадку, якщо письмове завдання не було підготовлене або було підготовлене неправильно, тобто містить грубі змістовні помилки щодо принципових аспектів поставленого питання. Аргументація відсутня взагалі або ж є абсолютно безсистемною чи алогічною. Не відповідає визначеній законом процесуальній формі та загальним вимогам процесуального законодавства. Безсистемності, алогічності і інших визначених недоліків у письмовому завданні скаргника ВКДКА виявлено не було.

У свою чергу, дослідивши виконане скаргником письмове завдання, ВКДКА вважала, що такий документ не може бути оцінений як «незадовільний» та підлягає оцінці — «задовільний рівень» (20 балів), з урахуванням критеріїв, визначених Порядком. Відповідно рішення КДКА було скасоване ВКДКА.

4. Стилистична і фактологічна схожість процесуальних документів, та документів, які містяться в загальнодоступних джерелах, за відсутності належних доказів копіювання (списування) таких документів, не може бути підставою для оцінювання схожих документів на «0» балів.

Рішенням кваліфікаційної палати КДКА особі було затверджено результати письмового іспиту у 0 залікових балів, у зв'язку з чим останню визнано такою, що не склала кваліфікаційний іспит, та відмовлено у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту адвоката. Не погодившись із таким рішенням, особа оскаржила його до ВКДКА.

У матеріалах кваліфікаційної справи міститься акт, підписаний усіма членами кваліфікаційної палати, з якого вбачається, що скаргник протягом проведення письмового іспиту неодноразово під різними приводами залишала місце проведення іспиту. В подальшому, при огляді письмової роботи скаргника було виявлено майже повну відповідність письмової роботи зразкам процесуальних документів, які є загальнодоступними та містяться в мережі Інтернет.



Однак зазначений акт не містив підпису особи та її пояснень із цього приводу.

Відповідно до п. 13.7 Порядку при складенні кваліфікаційного іспиту особа, яка складає іспит, має право користуватися офіційними текстами нормативно-правових актів на друкованих носіях, а використання інших джерел інформації (у тому числі — мережі Інтернет) не дозволяється.

Інші докази, які б підтверджували факти вибуття скажника з приміщення проведення іспиту під час іспиту, факти використання недозволених Порядком джерел інформації в матеріалах справи відсутні. Відповідно ВКДКА дійшла висновку про скасування рішення кваліфікаційної палати КДКА та зобов'язання КДКА провести повторний кваліфікаційний іспит у найближчий можливий час для цієї особи.

5. Голова КДКА, що взяв самовідвід, не має права брати участь у процедурі прийняття кваліфікаційного іспиту та оцінюванні результатів кваліфікаційного іспиту.

На засіданні кваліфікаційної палати КДКА головою КП заявлено самовідвід у зв'язку з тим, що він певний проміжок часу працював в одному офісі з особою, яка складає письмовий іспит. Заява про самовідвід була задоволена протокольним рішенням атестаційної палати КДКА.

КДКА розглянула на своєму засіданні письмову роботу особи та винесла рішення про затвердження особі результатів складення кваліфікаційного іспиту в 31,5 залікового балу та відмову у видачі свідоцтва про складення кваліфікаційного іспиту. Рішення було підписане, серед інших, головою КП КДКА, який заявив самовідвід. Також саме голова КДКА доручав проведення перевірки письмових робіт особи окремим членам КДКА.

Відповідно до положення п. 6 розділу 4 Порядку у випадку задоволення заяви особи, яка складає кваліфікаційний іспит, про відвід члена КП КДКА або голови КДКА, якщо він бере участь у засіданні палати, цей член КП КДКА або голова КДКА не мають права брати участь в прийнятті кваліфікаційного іспиту у такої особи та оцінюванні його результатів.

З огляду на викладене, ВКДКА дійшла висновків, що опосередкованою участю голови КДКА регіону в оцінці роботи особи, що складає письмовий іспит, КДКА не забезпечила дотримання положення п. 6 розділу 4 Порядку.

6. При визначенні стажу роботи в галузі права фізичної особи — підприємця слід виходити з документально підтверджених даних про наявність у особи права на здійснення підприємницької діяльності у сфері права.

Вимоги до особи, яка звертається із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту, порядок розгляду заяви про допуск до складення кваліфікаційного іспиту та прийняття рішення кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури регулюються розділами 2 та 3 Порядку.

ВКДКА розглянула скаргу особи на рішення кваліфікаційної палати КДКА про відмову у допуску до складання кваліфікаційного іспиту. Підставою такої відмови стало те, що особа не підтвердила наявності необхідного юридичного стажу в галузі права (не менше 2 років).

Так, після здобуття вищої юридичної освіти заявник працював на посадах юриста в ТОВ, помічника адвоката, юрисконсульта у ТОВ. Сукупний стаж роботи на посаді юриста згідно з належним чином завіреною копією трудової книжки становив 20 місяців.

Разом з тим певний період заявник надавав юридичні послуги як фізична особа — підприємець (КВЕД 69.10), що підтверджується наданими первинними документами (договорами про надання правової допомоги, актами приймання-здачі робіт), а також випискою з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань, яка була наявна в матеріалах справи.

Відповідно до п. 4 Порядку при визначенні набуття особою повної вищої юридичної освіти слід керуватися Законом України «Про вищу освіту», згідно з яким повною вищою освітою визнається освітній рівень вищої освіти особи, який характеризує сформованість її інтелектуальних якостей, що визначають



розвиток особи як особистості і є достатніми для здобуття нею кваліфікацій за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра. Вищу освіту мають особи, які завершили навчання у вищих навчальних закладах, успішно пройшли державну атестацію відповідно до стандартів вищої освіти і отримали відповідний документ про вищу освіту державного зразка.

Перелік посад, роботу на яких слід зараховувати до стажу роботи в галузі права, визначений п. 6 Порядку.

При визначенні стажу роботи в галузі права фізичної особи — підприємця слід виходити з документально підтверджених даних про наявність у особи права на здійснення підприємницької діяльності у сфері права за відповідним КВЕД (поточний клас 69.10), а також документально підтверджених даних про виконання робіт / надання послуг, що віднесені ДК видів економічної діяльності до діяльності у сфері права (договори про надання послуг, акти приймання-передачі наданих послуг).

Виходячи з наведеного, з огляду на подання скаргником вичерпного переліку документів, достатніх для підтвердження стажу роботи в галузі права протягом 2 років, ВКДКА скасувала рішення та зобов'язала КДКА вирішити питання щодо допуску особи до складання кваліфікаційного іспиту на підставі всіх необхідних матеріалів.

7. ВКДКА не повноважна зобов'язати КДКА затвердити результати складання письмового іспиту та вважати особу такою, що успішно склала письмовий кваліфікаційний іспит, та допустити до складання усного кваліфікаційного іспиту.

Особою було оскаржено рішення КДКА про відмову у видачі свідоцтва про складання кваліфікаційного іспиту. Скаргу було мотивовано тим, що екзамен розпочато на 30 хвилин пізніше призначеного часу, своєчасно не надано формуляр документа, який був без відмітки КДКА, в телефонному режимі їй було названо інших членів кваліфікаційної палати, а не тих, хто дійсно перевіряв її письмові відповіді, несвоєчасно здійснено оцінювання та допущено помилку у виведенні середнього балу, своєчасно не направлено копію рішення про відмову у видачі свідоцтва про заняття адвокатською діяльністю.

Скаргник просив рішення скасувати, направити справу для нового розгляду до КДКА та зобов'язати КДКА затвердити результати складання ним письмового іспиту та вважати його таким, що успішно склав письмовий кваліфікаційний іспит, та допустити до складання усного кваліфікаційного іспиту.

Відповідно до вимог частини 5 статті 9 Закону особа, яка не склала кваліфікаційний іспит, може протягом тридцяти днів з дня отримання рішення КДКА оскаржити його до ВКДКА або до суду, які можуть залишити оскаржуване рішення без змін або зобов'язати КДКА провести повторний кваліфікаційний іспит у найближчий час проведення таких іспитів.

Однак ВКДКА не повноважна зобов'язати КДКА затвердити результати складання письмового іспиту та вважати особу такою, що успішно склала письмовий кваліфікаційний іспит, та допустити до складання усного кваліфікаційного іспиту. При вивченні матеріалів кваліфікаційної справи підстав для задоволення скарги встановлено не було. Обставини, викладені у скарзі, не знайшли свого підтвердження в матеріалах кваліфікаційної справи, внаслідок чого скаргнику відмовлено в задоволенні скарги (рішення ВКДКА від 26.01.2017 № І-002/2017).

8. Кваліфікаційна палата має право обмежувати час складання письмового іспиту.

Особа звернулась зі скаргою на рішення КДКА, зазначаючи, що їй протиправно обмежено час складання письмового іспиту трьома годинами.

Відповідно до п. 12 Порядку на виконання письмової роботи та для підготовки до усної відповіді особі надається час, який повинен становити не менше двох годин та не повинен перевищувати шести годин для кожної частини іспиту.

Тому, встановивши час для складання кваліфікаційного іспиту в межах трьох годин, кваліфікаційна палата дотрималась вимог п. 12 Порядку (рішення ВКДКА від 30.05.2017 № V-012/2017).



9. За умови відсутності порушень законодавства з боку регіональної КДКА, ВКДКА не має повноважень щодо втручання в організацію роботи кваліфікаційної палати КДКА стосовно строків призначення складення кваліфікаційного іспиту.

Організація іспиту віднесена Законом до компетенції кваліфікаційної палати КДКА. Відповідно до ст. 8 Закону особа, яка виявила бажання стати адвокатом та відповідає вимогам ч. 1, 2 ст. 6 Закону, має право звернутися до КДКА за місцем проживання із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту. Порядок допуску до складення кваліфікаційного іспиту та перелік документів, що додаються до заяви, затверджуються Радою адвокатів України.

Строк розгляду заяви про допуск до складення кваліфікаційного іспиту не повинен перевищувати тридцяти днів з дня її надходження.

За результатами розгляду заяви та доданих до неї документів КДКА приймає рішення про:

- допуск особи до кваліфікаційного іспиту;
- відмову в допуску особи до кваліфікаційного іспиту.

Особі, яка звернулася із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту, повідомляється про прийняте рішення письмово протягом трьох днів з дня його прийняття. У разі прийняття рішення про відмову в допуску особи до кваліфікаційного іспиту в рішенні КДКА в обов'язковому порядку зазначаються причини такої відмови.

Рішення про відмову в допуску особи до кваліфікаційного іспиту може бути оскаржено до ВКДКА або до суду протягом тридцяти днів з дня його отримання.

Положення аналогічного змісту закріплені у Порядку.

Відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону організація та проведення кваліфікаційного іспиту здійснюється кваліфікаційною палатою КДКА. Порядок складення кваліфікаційних іспитів, методика оцінювання та програма кваліфікаційних іспитів затверджуються Радою адвокатів України. Рада адвокатів України може встановити плату за складення кваліфікаційного іспиту та порядок її внесення. Кваліфікаційні іспити проводяться не рідше одного разу на три місяці.

Положення чинного законодавства не містять вимог щодо строку складання іспиту особами, допущеними до такого іспиту.

За умови відсутності порушень законодавства з боку регіональної КДКА, ВКДКА не має повноважень щодо втручання в організацію роботи кваліфікаційної палати КДКА.

ВКДКА розглянула скаргу особи на бездіяльність КДКА щодо допуску до складання кваліфікаційного іспиту. Скаржниця вказувала, що незважаючи на її допуск до складання кваліфікаційного іспиту кваліфікаційною палатою КДКА в особі її голови, їй було повідомлено, що у зв'язку з її номером ув черзі, перспектива реального складання іспиту — не раніше ніж через рік. Скаржниця просила усунути порушення її права на доступ до адвокатської діяльності шляхом зобов'язання КДКА припинити бездіяльність та закликати її до складання іспиту.

Рішенням ВКДКА від 14.07.2017 № VII-026/2017 скаргу було залишено без задоволення.

*Голова Вищої кваліфікаційно-
дисциплінарної комісії адвокатури*

О. М. Дроздов

*Секретар Вищої кваліфікаційно-
дисциплінарної комісії адвокатури*

К. В. Котелевська



СТЯГНЕННЯ ШТРАФУ ЗА ДОГОВОРОМ ПІДРЯДУ МОЖЛИВЕ ЛИШЕ ПІСЛЯ УЗГОДЖЕННЯ ІСТОТНИХ УМОВ ДОГОВОРУ



Анастасія Волько, старший юрист, адвокат ЮК «Profecto»

Мабуть, кожному підряднику відома така ситуація, коли замовник наполягає на підписанні графіка робіт або поставки, а потім за кожен день порушення строків, визначених у графіку, стягує з підрядника чималу пеню, а інколи пеня навіть досягає суми договору. Здавалося б, це право замовника — встановлювати графік і розмір пені, та не забуваємо також про свободу договору, адже ніхто не змушує підрядника погоджуватись на такі умови, але є багато юридичних нюансів, які дозволяють все ж таки цю свободу обмежити.

Для прикладу візьмемо змішаний договір виконання монтажних робіт та поставки обладнання. Зазвичай, сторони перед монтуванням будь-якого обладнання погоджують технічне завдання та робочий проект.

Без технічного завдання неможливо в подальшому досягти бажаного результату для замовника. Технічне завдання розробляється підрядником за погодженням замовника і може займати досить тривалий період часу, залежно від складності монтування (будування) обладнання. Досить часто буває, що під час погодження технічного завдання підрядник проводить експерименти на обладнанні, тим самим перевіряючи, чи підходить це обладнання для проекту, чи є воно ефективним, чи потребує доопрацювання. І лише після остаточного погодження замовника таке технічне завдання є узгодженим і може стати основою для робочого проекту. Але це займає багато часу і головним чином саме з вини замовника технічне завдання не погоджується вчасно. У результаті кожен наступний етап зміщується

за графіком. А якщо ще й поставлене обладнання замовнику не підійшло або у замовника змінились плани, у зв'язку з чим змінюється специфікація на товар та/або ціна такого товару та підписується додаткова угода до договору?

ЯК ЦЯ СИТУАЦІЯ СПРИЙМАЛАСЬ СУДАМИ РАНІШЕ

Проаналізувавши судову практику, можна дійти висновків, що суди не надавали належної правової оцінки додатковій угоді і стягували пеню навіть за період до укладення додаткової угоди або до остаточного погодження істотних умов договору.

Така позиція спостерігається в постанові Вищого господарського суду України¹ від 20.04.17 р. по справі № 904/1792/16 та від 04.04.17 р. по справі № 5011-53/17644-2012. Ці позиції хоч і висвітлювались у «свіжих» рішеннях, проте були сформовані у судовій практиці ще у 2008 році і з того часу залишалися незмінними (постанова ВГСУ від 24.07.08 р. по справі № 25/93-08 та від 27.06.12 р. по справі № 16/533).

¹ Далі за текстом — ВГСУ.



Хоча додаткова угода до договору є його невід'ємною частиною, але не всі звертають увагу, що додаткова угода змінює істотні умови договору, а це в подальшому позбавляє замовника можливості нараховувати пеню на строк до укладення додаткової угоди.

ЯК ВДАЛОСЬ ЗМІНИТИ ПІДХІД ЗА СУЧАСНИХ УМОВ

Згідно зі ст. 638 Цивільного кодексу України² договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Так, у справі № 910/9040/17 позиція Господарського суду міста Києва щодо укладення між сторонами додаткової угоди від 22.06.16 р. після закінчення терміну виконання 1 — 3 етапів графіка робіт не свідчить про встановлення нових прав і обов'язків сторін, а тому початком виконання першого етапу потрібно вважати 28.01.16 р. — така позиція виявилась помилковою.

Уклавши додаткову угоду, сторони дійшли згоди про внесення змін до договору, виклавши у новій редакції його умови щодо, зокрема, **ціни та специфікації товару**.

Матеріальний об'єкт у договорі поставки має бути точно визначений (найменування товару, марка, сорт, номенклатура, асортимент товару, який повинна надати одна сторона іншій). У разі укладення договору про виконання робіт або надання послуг має бути визначений результат цих робіт або послуг. Якщо товар (роботи, послуги) потребують детальнішої характеристики, такі відомості відображаються у специфікації, яка є невід'ємною частиною договору.

Ціна договору (тариф) згідно з ч. 1 ст. 189 Господарського кодексу України³ є формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання. Зазвичай ціна визначається у специфікаціях, що є невід'ємною частиною договору.

Відповідно до ч. 1 — 3, 5, 6 ст. 203 ЦК зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим

актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства; особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; правочин має вчинятися у формі, встановленій законом; правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним.

Узгодження технічного завдання та проектної документації є істотними умовами підрядних договорів. Такого висновку дійшов ВГСУ в постанові від 25.04.12 р. по справі № 2/66пд, в якому зазначає, що в силу ч. ч. 1, 2 ст. 877 ЦК підрядник зобов'язаний здійснювати будівництво та пов'язані з ним будівельні роботи відповідно до проектної документації, що визначає обсяг і зміст робіт та інші вимоги, які ставляться до робіт та до кошторису, що визначає ціну робіт. Підрядник зобов'язаний виконати усі роботи, визначені у проектній документації та в кошторисі (проектно-кошторисній документації), якщо інше не встановлено договором будівельного підряду. Договором будівельного підряду мають бути визначені склад і зміст проектно-кошторисної документації, а також має бути визначено, яка із сторін і в який строк зобов'язана надати відповідну документацію. Таким чином, з огляду на положення наведених норм матеріального права, погодження сторонами проектно-кошторисної документації є істотною умовою договору будівельного підряду.

Проте по справі № 910/9040/17 технічне завдання було змінено сторонами вже після 28.01.16 р.

Додатковою угодою № 2 від 22.06.16 р. до договору поставки обладнання й виконання монтажних робіт від 10.11.15 р. було значно збільшено ціну договору.

Разом із додатковою угодою № 2 сторонами було підписано Графік виконання робіт (додаток 7 до договору), специфікацію обладнання № 1 (додаток 5), специфікацію програмного забезпечення № 2 (додаток 6), кошторис (додаток 8).

Додатком 7 до договору сторони узгодили графік виконання робіт, відповідно до якого 1 етап — розробка проектної документації — 20 робочих днів, з дати погодження технічного завдання **28.01.16 р.**

² Далі за текстом — ЦК.

³ Далі за текстом — ГК.



Таким чином, після підписання додаткової угоди № 2 від 22.06.16 р. **змінилися істотні умови договору: ціна та асортимент (обсяг) товару.** Зокрема, асортимент товару, який підлягав поставці за попередньою специфікацією (додаток 1 до договору, який втратив чинність), було змінено на специфікацію № 1 (додаток 5 до договору, діючий). **У результаті збільшення обсягу товару суттєво змінилась і ціна обладнання.**

Суд першої інстанції в мотивувальній частині рішення зазначає, що підрядник порушив терміни, визначені в графіку виконання робіт, не врахувавши при цьому, що **терміни виконання робіт змінюються, якщо змінилися істотні умови договору, навіть з урахуванням того, що дата першого етапу графіка робіт зазначена 28.01.16 р.**

Підрядника не змушували підписувати графік виконання робіт, в якому дата відліку виконання першого етапу — 28.01.16 р., **проте цивільне законодавство передбачає ще принцип розумності.** Тобто фізично є неможливим попередньо виконати роботи, поставити обладнання, якщо сторонами було суттєво змінено умови договору, зокрема змінено технічне завдання і асортимент поставленого обладнання. Відповідач звернув увагу суду, що фактично не можливо вважати датою погодження технічного завдання **28.01.16 р.,** оскільки технічне завдання було погоджене разом з проектною документацією саме **15.06.16 р.,** перед підписанням додаткової угоди, тобто вже після того, як сторони домовилися суттєво змінити технологічний підхід конструкції з подачі продукції на переробку.

З дати передоплати 25.12.15 р. до 15.06.16 р. сторонами обговорювалися технічні моменти способу установки лінії з виробництва та ефективність роботи цієї лінії, проводилися експерименти з різним устаткуванням для подання сумішей. Враховуючи зазначене, проектні та монтажні роботи проводились підрядником дійсно із затримкою, але саме через тривале погодження проектної документації з замовником, що залишилось судом поза увагою. Цей факт не заперечувався замовником під час судового розгляду,

тобто до затвердження проектної документації та підписання додаткової угоди істотні умови договору залишались не погодженими.

Київський апеляційний господарський суд по цій справі скасував рішення Господарського суду міста Києва та відмовив замовнику у стягненні неустойки у розмірі 2 538 001,19 грн.

НОВА ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ

У Верховному Суді 06.03.18 р. по справі № 910/9040/17 вдалось також відстояти позицію підрядника, залишити в силі постанову апеляційного суду. Так, відповідно до ч. 1 ст. 230 ГК штрафними санкціями у цьому Кодексі визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання.

Верховний Суд відзначив, що суди не врахували, що **наслідки укладення договору можуть застосовуватись для сторін лише після досягнення сторонами істотних умов договору, а в цьому випадку істотними умовами договору поставки є асортимент товару та ціна, а договору виконання робіт — проектна документація.**

Договором не передбачений поетапний розрахунок неустойки. Таким чином, з урахуванням вищевикладеного, був зроблений висновок, що суд апеляційної інстанції дійшов вірних висновків про стягнення з підрядника лише 15 % річних. Таким чином, підстави для стягнення неустойки за несвоєчасне виконання кожного етапу робіт Верховним Судом були визнані відсутніми.

Отже, при стягненні значної суми пені за змішаними договорами зверніть увагу, коли була остання зміна ціни або асортименту товару, адже до погодження істотних умов договору не можна застосовувати наслідки невиконання/неналежного виконання договору.



ЗАКОНОДАВЧІ НОВЕЛИ ЦПК: ДОСТОВІРНІСТЬ І ДОСТАТНІСТЬ ДОКАЗІВ



Оксана Шутенко, доцент кафедри цивільного процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, к. ю. н.

Відповідно до ст. 78 нової редакції Цивільного процесуального кодексу України¹ достовірними є докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи. Стаття 79 ЦПК зазначає, що достатніми є докази, які у своїй сукупності дають змогу дійти висновку про наявність або відсутність обставин справи, які входять до предмета доказування. Питання про достатність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи, суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання. Як бачимо, з прийняттям нової редакції ЦПК виникла ціла низка цікавих, а часом і дискусійних питань. Зокрема, науковий і практичний інтерес викликає введення законодавцем вимог достовірності й достатності доказів.

Вказані законодавчі новели виявляються актуальними у системі проблематики релевантності судового рішення. Під релевантністю судового рішення автор пропонує розуміти таку властивість, в силу якої судові рішення відповідає дійсним обставинам справи, оскільки правосуддя досягає своєї мети саме в момент реального захисту порушеного права. Вважаємо, що завданням системи правосуддя у цивільних справах є винесення не просто законних та обґрунтованих рішень, але і рішень, які дійсно захищають права: для позивача — поновлюють порушене (невизнане чи оспорене) право, для відповідача — підтверджують відсутність обов'язку перед позивачем. Вказане можливе, коли суду вдається на підставі досліджених обставин та доказів по справі встановити дійсні взаємовідносини сторін. Таке рішення слід вважати релевантним.

Релевантність судового рішення можна розглядати у вузькому та широкому сенсі. У вузькому значенні релевантність являє собою відповідність рішення, підтверджену у межах судової системи. Наприклад, коли рішення суду першої інстанції не оскаржується, можна презюмувати, що воно задовольняє обидві сторони, оскільки відповідає дійсним обставинам. Або у тому випадку, коли рішення оскаржене, й суди вищих інстанцій,

здійснивши перегляди, залишили його без змін. У цьому випадку релевантність базується на вимогах законності та обґрунтованості судового рішення. В широкому сенсі релевантність складніша й являє собою ідею, принцип, ідеальне уявлення про встановлення істини в судовому розгляді для винесення справедливого рішення, яке буде справедливим лише у випадку відповідності дійсним взаємовідносинам сторін.

Судова практика (яка підтверджується статистикою апеляційних та касаційних скасування) вказує на проблему нерелевантності судових рішень. Так, суди апеляційної інстанції за результатами перегляду рішень судів першої інстанції більш ніж у 40 % випадків задовольняють апеляційні скарги з постановленням нового рішення. В касаційній інстанції цей відсоток перевищує 50 від кількості скарг, що надходять, призначаються до судового розгляду (тобто пройшли попередній судовий розгляд із позитивним вирішенням питання про підстави перегляду — незаконність рішення)².

Можна припустити, що суддя, вирішуючи справу, неминуче вирішує питання достовірності та достатності доказів. Між тим законодавче закріплення таких вимог вказує на нормативну регламентацію, вводить у практичну площину із можливими процесуальними

¹ Далі за текстом — ЦПК.

² Див.: Шутенко О. В. О проблеме нерелевантности судебных решений в гражданском судопроизводстве // Міжнародна науково-практична конференція. «Общество, право, личность. Методологические и прикладные проблемы: генезис, современность и будущее», м. Мінськ. 23-24 листопада 2017 року.



наслідками, наприклад, у випадках недостовірності та недостатності доказів.

Мірилом достовірності є переконання. Тобто визначення достовірності — це завжди визначення вірогідності інформації, її здатності створити переконання в існуванні факту. Критерії вірогідності можуть бути кількісні та якісні. Кількісний критерій передбачає такий обсяг інформації та засобів її доведення, з досягненням якого настає переконання, віра суб'єкта в те, що обставина, факт мали місце в дійсності. Вказане можливе при достатності доказів.

Якісний критерій вірогідності, пов'язаний з істинністю, перевірюваністю самої інформації, внаслідок чого інформація набуває (чи не набуває) властивості бути використаною для підтвердження факту.

Юридичні засоби дослідження істини базуються на перевірці — верифікації інформації про факти шляхом вирішення протиріч, що виникають в процесі доказування по справі. Важливе значення при цьому відіграє інтуїція істини, яка може бути розвинутою у судді завдяки досвіду суддівської практики. Інтуїтивне пізнання підтверджено у багатьох науках — медицині, математиці, філософії, логіці³.

Інтуїція існує і відіграє помітну роль у пізнанні. Далеко не завжди процес наукового пізнання і тим більше художньої творчості і осягнення світу здійснюється в розгорнутому, розчленованому на етапи вигляді. Нерідко людина охоплює думкою складну ситуацію, не вдаючись у всі її деталі, та й просто не звертаючи на них уваги. Спільним для всіх тлумачень інтуїції є визнання безпосереднього характеру інтуїтивного знання — воно являє собою знання без усвідомлення шляхів та умов його отримання. Окремі ланки процесу мислення проносяться більш-менш несвідомо, і закарбовується тільки підсумок думки — раптово відкрита істина⁴.

Можна стверджувати, що юридичне пізнання відбувається у дусі відчуття права й законності в широкому загальнолюдському, природному розумінні, тобто у дусі верховенства права.

Американський юрист, суддя Верховного Суду США, дослідник історії Ісуса Христа Д. Е. Кларк зазначає: «Буду-

чи юристом, я зробив ретельний розбір свідчень, пов'язаних з подіями третього дня Великодня. Ці свідчення видаються мені безперечними; працюючи у Верховному Суді, мені знову і знову трапляється виносити вироки на підставі доказів, куди менш переконливих. Висновки робляться на підставі свідочств, а правдивий свідок завжди невигадливий і схильний применшувати ефект подій. Євангельські свідочства про воскресіння належать саме до цього роду, і як юрист я беззастережно приймаю їх як розповіді правдивих людей про факти, які вони могли б підтвердити»⁵. Автор прямо посилається на свою кваліфікацію, на проведений ним ретельний аналіз свідчень на користь воскресіння Христа, на аналогію євангельських свідочств з іншими правдивими свідченнями. Але, судячи з усього, головним аргументом тут є непряма — інтуїтивна впевненість у достовірності розглянутих свідочств. Якщо її немає, то посилання на кваліфікацію, ретельність аналізу і тим більше аналогію з іншими свідочствами мало що значать⁶.

Навіть у точних науках, до яких належить математика, існує думка, якщо інтуїція — пан, а логіка — всього лише слуга, то це той випадок, коли слуга володіє певною владою над своїм паном. Логіка стримує неприборкану інтуїцію. Хоча <...> інтуїція відіграє в математиці головну роль, все ж сама по собі вона може призводити до надмірно загальних тверджень. Належні обмеження встановлює логіка. Інтуїція відкидає всяку обережність — логіка вчить стриманості. Щоправда, прихильність логіці призводить до довгих тверджень з безліччю застережень і припущень, і зазвичай вимагає безлічі теорем і доказів, дрібними кроками долаючи ту відстань, яку потужна інтуїція перемахає одним стрибком⁷.

Погоджуючись із наведеною точкою зору, перейдемо до з'ясування методів історичного та логічного пізнання достовірності.

Історичні методи дослідження, направлені на встановлення фактів минулого, як і судове пізнання. Проблема історичного (в тому числі і судового) пізнання полягає в тому, що існують дві історії: одна, яка відбувається у дійсності, й друга, яка розповідається, але про

³ Див.: Панов М. И. Методологические проблемы интуиционистской математики. АН СССР. Центральный совет философских семинаров при Президиуме АН СССР. М.: Наука, 1984 г. 224 с.

⁴ Див.: Ивин А. А. Теория и практика аргументации: учебник для бакалавров / А. А. Ивин. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2017. 300 с. URL: <http://stud.com.ua/26451/filosofiya/intuyitsiya>.

⁵ Див.: Кларк Д. Е. Иисус христос. Его жизнь и учение. 1997. 200 с.

⁶ Див.: Ивин А. А. Теория и практика аргументации: учебник для бакалавров. Там само.

⁷ Див.: Морис Клайн. Математика. Утрата определенности. М.: Мир, 1984, 446 с. URL: <https://proflib.net/chtenie/110079/moris-klayn-matematika-utrata-opredelenosti-116.php>.



те, що відбувалось у дійсності, ми дізнаємося на основі того, що розповідається⁸.

Редакція ст. 79 ЦПК сформульована таким чином: «Достовірними є докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи». Однак суду не відомі дійсні обставини справи, він лише намагається їх встановити в процесі судового розгляду. Тому на етапі оцінки доказу суд не може стверджувати, відповідає певний доказ дійсним обставинам справи чи ні. Суд оцінює лише вірогідність доказів.

Судження про достовірність однаково важливе для висновку як про існування факту, так і про його відсутність (при недостовірності інформації виникає ситуація недоведеності факту із процесуальним наслідком у вигляді того, що суд не може спиратися на інформацію про факт, роблячи висновок про права і обов'язки сторін, факту ніби не існує для суду). Достовірність обумовлює ступінь вірогідності висновку про існування (не існування) факту, підводить суд до істини.

Поряд із історичним застосовується і логічне пізнання достовірності доказу методом достатньої підстави. Як стверджує А. Шопенгауер, у всіх наших взаєминах з світом ми слідуємо закону, який «спонукає нас всюди шукати певне «чому?». У кожному випадку ми припускаємо, що існує якийсь закон, який дозволяє нам ставити такі питання. Це закон, який в його найбільш загальній формі А. Шопенгауер називає «законом достатньої підстави», і його суть може бути приблизно виражена таким чином (хоча й грубо): «ніщо не існує без підстави свого буття»⁹.

За Лейбніцем, метод достатньої підстави реалізується такими засобами.

По-перше, процес обґрунтування ведеться через доведення, пояснення, передбачення, інтерпретацію та їх різноманітні модифікації. Тобто не існує якоїсь універсальної процедури обґрунтування. Це лише абстракція від названих конкретних видів обґрунтування. Між тим у судовому процесі обґрунтування носить конкретний характер, знаходячи своє закріплення у рішенні суду.

По-друге, кожен вид обґрунтування надає обґрунтованому (положення, яке ми обґрунтовуємо) відповідну характеристику (доведення — достовірність, пояснення — аподиктичність, інтерпретація — репрезентивність).

По-третє, підстава, з якою співставляється твердження, яке необхідно обґрунтувати, це не тільки знання, істинність якого не викликає сумніву, а ще й відповідні логічні правила, які реалізують конкретний вид обґрунтування (доведення, пояснення тощо) і які забезпечують перенесення відповідної характеристики з основи на обґрунтовуване.

Закон достатньої підстави фіксує співвідношення власне достатньої підстави і того положення, яке потрібно обґрунтувати, тобто для будь-якого істинного твердження існує і повинна бути зазначена достатня підстава, завдяки якій воно визнається істинним¹⁰.

Можна погодитися, що достатня підстава — це будь-яка інша думка, вже перевірена та визнана істинною, з якої з необхідністю випливає істинність іншої думки. І якщо конкретний висновок претендує на істинність, він зобов'язаний будуватися на відповідній — фактичній або логічній — але достатній підставі. Навпаки, судження, що спирається на недостатню підставу, не може претендувати на істинність¹¹.

Так, встановлюючи обсяг прав та обов'язків сторін, суд повинен спиратися на факти, які встановлені в судовому розгляді (були перевірені й підтверджені доказами) — обґрунтувати істинність свого твердження. В іншому випадку рішення буде необґрунтованим.

Однак для такого висновку необхідно застосувати закон достатньої підстави в першу чергу для встановлення факту. Такою достатньою підставою повинні виступати **достовірні** докази. Однак, що буде достатньою підставою для вірогідності (істинності) самого доказу (інформації, відомостей про факти)?

Справа в тому, що поняття «достовірність» відносне. Повністю достовірних джерел інформації не існує. На думку Л. Вітгенштейна, «усвідомлення недостовірності є найбільш коротким шляхом до достовірності»¹².

⁸ Див.: Караваев Э. Ф., Никитин В. Е. Проблема достоверности исторического знания // Актуальные вопросы общественных наук: социология, политология, философия, история: сб. ст. по матер. LXVII-LXVIII Междунар. науч.-практ. конф. № 12(61). Новосибирск: СибАК, 2016. С. 119-128. (URL: <https://sibac.info/conf/social/lxvii/64444>).

⁹ Г. Патрік. А. Шопенгауер. Філософ німецького еллінізму / Пер. з англ. О. Б. Мазурін. М.: ЗАТ Центрполиграф. 2003, 414 с. URL: <http://ibib.ltd.ua/zakon-dostatnochnogo-osnovaniya-28275.html>.

¹⁰ Див. за посиланням: URL: http://pidruchniki.com/12950127/logika/zakon_dostatnoyi_pidstavi.

¹¹ Див. за посиланням: URL: <http://bibliograph.com.ua/logika-2-2/29.htm>.

¹² Витгенштейн Л. О достоверности // Витгенштейн Л. Избранные философские работы. Ч. 1. М.: Издательство «Гнозис», 1994. 612 с.



Причини недостовірності пов'язані із викривленням інформації¹³ суб'єктивного та об'єктивного характеру¹⁴.

Суддя не беззбройний на шляху пізнання обставин справи. Достатньою підставою в судовому пізнанні виступають засоби доказування. Між тим й істинність самих засобів доказування також не може вважатися остаточною. І тут, на наш погляд, спрацьовує певна презумпція: засіб доказування вважається істинним, допоки не буде доведена його хибність. Так, показання свідка вважаються правдивими завдяки дії презумпції невинуватості (оскільки свідок попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання, то неправдивість може бути встановлено лише вироком суду, що набрав законної сили), так само і з висновком експерта; істинність письмових доказів встановлюється шляхом їх дослідження змісту та огляду, зовнішні ознаки речових доказів несуть у собі інформацію про факти.

Однак далі постає питання інтерпретації інформації, яку містять засоби доказування. Частково ця проблема вирішується вимогою про належність доказів — коло доказів обмежене предметом доказування. Але це, якщо можна так висловитися, зовнішня межа для інформації, яка повинна бути досліджена і встановлена в ході судового розгляду.

Вимога достатності доказів передбачає встановлення внутрішніх та зовнішніх меж, при досягненні яких виникає переконання у існуванні факту. Зовнішня межа як раз і встановлюється вимогою належності доказів. Внутрішня — пов'язана із властивістю створювати переконання в існуванні конкретного факту (не менше, бо факт залишиться недоведеним, і не більше — переконання настало, а докази продовжують надходити, «засмічуючи» процес). Процесуальний закон прагне дотримання вказаного балансу кількості доказів для встановлення факту, встановлюючи, наприклад, наявність підстав звільнення від доказування (відповідно до ст. 82 ЦПК, факти визнані, загальновідомі, преюдиціальні; також слід додати правові презумпції — факти, які встановлені нормами матеріального права і не потребують доведення). Вказане правило не тільки розподіляє тягар доказування між сторонами, а й виконує функцію достатності доказів.

Новелізація законодавства, а особливо процесуального, завжди є суперечливою й потребує обережності, оскільки мова йде про консервативну, стабільну

процедуру захисту права. Однак вважаємо, що введення категорій достатності і достовірності доказів на краще. Адже слід пам'ятати, що недоведеність обставини не означає її відсутності у дійсності, й цілком можливо, що рішення буде законним і обґрунтованим, але не відповідатиме дійсним обставинам справи й правовідносинам сторін, тобто буде нерелевантним. Самотужки подолати вказану проблему суд не може і не повинен (безсторонність та неупередженість суду), оскільки завдяки принципу змагальності саме сторони повинні доводити ті обставини, на які вони посилаються. Полегшення такого завдання вбачаємо у застосуванні в процесі судового доказування історичних й логічних методів пізнання істини, сподіваючись на інтуїцію істини у душі верховенства права.

Переводячи вимоги достовірності й достатності доказів у практичну процесуальну площину, можна зробити наступні висновки. Достовірність і достатність доказів є ключовим моментом у формуванні впевненості судді в існуванні факту і, як наслідок, відтворенні картини дійсних взаємовідносин сторін, що призводить до винесення правильного й справедливого рішення, а також дозволяє дотримуватися вимог щодо законності та обґрунтованості судового рішення. Суддя, а також учасники справи, встановлюючи її обставини — юридичні факти — оцінюють докази щодо їх достовірності й достатності. Процесуальними наслідками такої оцінки з боку учасників справи можуть бути або підтвердження достовірності, або її спростування. Вважаємо, що учасник справи, який стверджує про недостовірність доказу, може подати суду відповідне клопотання із обґрунтуванням та вимогою виключити певний доказ з матеріалів справи. Позитивне вирішення ухвалою суду такого клопотання на підставі ст. 79 ЦПК буде цілком законним. Крім того, відповідно до ч. 4 ст. 43 ЦПК за введення суду в оману щодо фактичних обставин справи винні особи несуть відповідальність, встановлену законом.

Що стосується достатності доказів — кількісного критерію вірогідності — то процесуальним наслідком його дотримання є можливість суду зробити висновок про факт (обставину). У випадку недостатності доказів суд повинен вказувати (зокрема, у рішенні) про те, що факт, на який посилається учасник справи, не знайшов свого підтвердження в судовому розгляді.

¹³ Питання викривлення інформації в процесі людської комунікації досліджувалися автором в роботі: Шутенко О. В. Гуманізація процесуального права // Судова практика. Науково-практичний юридичний журнал, № 3. 2104. С. 7-13.

¹⁴ Мазур Л. Н. Методы исторического исследования: учеб. пособ. Екатеринбург, 2010. URL: <http://ponjatija.ru/node/9999>.



ЗАБОРГОВАНІСТЬ ЗА АЛІМЕНТАМИ НА ДИТИНУ: ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ДОХОДИ ТА МАЙНО БОРЖНИКА



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

Законодавець посилив відповідальність за несплату аліментних виплат. Крайній захід у цьому випадку — арешт і продаж майна. Після відповідного судового рішення продажем майна боржника займатиметься ДП СЕТАМ — державне підприємство, створене Міністерством юстиції України для сприяння реалізації державної політики у сфері організації примусового виконання рішень судів та інших органів або посадових осіб.

Сімейний кодекс України¹ надав можливість батькам узгодити питання надання аліментів на утримання дитини без втручання суду шляхом укладання договору про сплату аліментів на дитину. Уклавши, наприклад, аліментний договір, батьки можуть між собою визначитись, як будуть сплачуватися аліменти на дитину. Але наразі певною мірою набагато ефективнішим стає звернення до суду. Якщо один із батьків не сплачує аліменти за договором, інший із батьків може зазнавати певних обмежень, як це визначено законом України від 07.12.17 р. № 2234 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів», який спрямований на забезпечення належного виконання рішень щодо стягнення аліментів.

Виконавче провадження є завершальною стадією судового провадження, яке може бути спрямоване на стягнення аліментів на дитину.

Під час здійснення виконавчого провадження виконавець вчиняє виконавчі дії та приймає рішення шляхом винесення постанов, попереджень, внесення подання, складення актів і протоколів, надання дору-

чень, розпоряджень, вимог, подання запитів, заяв, повідомлень або інших процесуальних документів у випадках, передбачених Законом України від 02.06.16 р. № 1404 «Про виконавче провадження»² та іншими нормативно-правовими актами.

Виконавець у разі надходження виконавчого документа про стягнення аліментів у день відкриття виконавчого провадження повинен підрахувати розмір заборгованості зі сплати аліментів і разом із постановою про відкриття виконавчого провадження повідомити про нього стягувача та боржника.

Виконавчий документ про стягнення періодичних платежів може бути самостійно надісланий стягувачем безпосередньо підприємству, установі, організації, фізичній особі — підприємцю та фізичній особі, які виплачують боржнику відповідно заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи.

Підприємства, установи, організації, фізичні особи — підприємці та фізичні особи за заявою стягувача зобов'язані здійснювати відрахування із заробітної плати, пенсії, стипендії та інших доходів боржника у розмірі, визначеному виконавчим документом, з урахуванням положень ст. 70 Закону № 1404.

¹ Далі за текстом — СК.

² Далі за текстом — Закон № 1404.



ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ДОХОДИ БОРЖНИКА

Пунктом 1 Постанови Кабінету Міністрів України від 26.02.93 р. № 146 «Про перелік видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб»³ передбачено, що утримання аліментів з працівників провадиться з усіх видів заробітку і додаткової винагороди як за основною роботою, так і за роботою за сумісництвом.

Якщо боржник отримує заробіток (доходи) у різних місцях, відрахування аліментів із кожного виду виплат здійснюється за окремими постановами про стягнення аліментів згідно з розміром утримання, визначеним виконавчим документом.

У випадку коли місце проживання особи, на користь якої стягнуто аліменти, невідоме, утримані з боржника суми зараховуються на відповідний рахунок органу Державної виконавчої служби⁴. У цьому разі виконавець повинен вживати заходів щодо встановлення місця проживання такої особи.

Стягнення на заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи боржника звертається у разі відсутності в боржника коштів на рахунках у банках чи інших фінансових установах, відсутності чи недостатності майна боржника для покриття в повному обсязі належних до стягнення сум, а також у разі виконання рішень про стягнення періодичних платежів.

Про звернення стягнення на заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи боржника виконавець ухвалює постанову, яка надсилається для виконання підприємству, установі, організації, фізичній особі — підприємцю, фізичній особі, які виплачують боржнику зазначені доходи.

У разі стягнення аліментів за виконавчими документами із заробітної плати боржника може бути утримано 50 % до погашення заборгованості у повному обсязі.

При цьому загальний розмір усіх відрахувань під час кожної виплати заробітної плати та інших доходів боржника не може перевищувати 50 % заробітної плати, що має бути виплачена працівнику, у тому числі у разі відрахування за кількома виконавчими документами. Це обмеження не поширюється на відрахування із заробітної плати у разі відбування боржником покарання у вигляді виправних робіт і стягнення аліментів на неповнолітніх дітей. У таких випадках

розмір відрахувань із заробітної плати не може перевищувати 70 %.

Стягнення аліментів за виконавчими листами за минулий час провадиться в межах трирічного строку, що передував пред'явленню виконавчого листа до виконання.

Якщо за виконавчим документом, пред'явленим до виконання, утримання аліментів не здійснювалося у зв'язку з розшуком боржника, то стягнення аліментів має відбуватися за весь період, незалежно від установленого трирічного строку та досягнення повноліття особою, на утримання якої присуджені аліменти.

У разі коли з боржника слід стягувати аліменти на утримання 3 і більше дітей, а також якщо наявна заборгованість зі сплати аліментів за минулий час, виконавець у постанові зазначає про стягнення 50 % із заробітку боржника для забезпечення поточних платежів. Заборгованість за минулий час у таких випадках може бути погашена шляхом звернення стягнення на майно боржника.

Стягнута сума розподіляється між стягувачами відповідно до ст. 46 Закону № 1404.

Якщо стягнути аліменти у зазначеному розмірі неможливо, підприємство, установа, організація, фізична особа — підприємець, фізична особа, які проводили відрахування, нараховують боржнику заборгованість зі сплати аліментів.

Розрахунок заборгованості має бути помісячним і містити суму заробітної плати та інших доходів боржника, що залишилася після утримання податків, відсоток або частку заробітку (доходу), визначені виконавчим документом, загальну суму заборгованості.

Сума заборгованості зі сплати аліментів, присуджених як частка від заробітку (доходу), визначається виконавцем у порядку, встановленому ст. 195 СК.

Відповідно до цієї статті при виникненні заборгованості з вини особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти за рішенням суду, одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) у розмірі 1 % від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення.

Так, за матеріалами справи⁵ встановлено, що на виконання Другого Приморського відділу ДВС Одеського міського управління юстиції знаходився виконавчий документ № 2-2829/1997 про стягнення аліментів з ОСОБА_3 на користь ОСОБА_2 на утримання доньки ОСОБА_4.

³ Далі за текстом — Постанова № 146.

⁴ Далі за текстом — ДВС.

⁵ Рішення Апеляційного суду Одеської області від 31.05.17 р. у справі 522/6889/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66929012>.



27 квітня 2000 року державним виконавцем ухвалено постанову про відкриття виконавчого провадження та направлено розпорядження головному бухгалтеру Одеського національного економічного університету, Одеського національного університету ім. І. І. Мечнікова. Проте з цього виду доходів аліменти не стягувалися.

Відмовляючи у задоволенні позову в частині стягнення пені, суд першої інстанції виходив із того, що не встановлена вина відповідача щодо несплати заборгованості, яка утворилася з не залежних від відповідача причин. Однак висновок про це суд першої інстанції не мотивував і не зазначив, які об'єктивні причини перешкождали виконанню рішення суду.

Таким чином, оскільки не встановлена вина відповідача щодо несплати заборгованості, яка утворилася

з не залежних від відповідача причин, на боржника не поширюється стягнення неустойки (пені) у розмірі 1 % від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення.

При цьому проведений судом розрахунок неустойки (пені) має відповідати правовій позиції ВСУ щодо нарахування неустойки (пені) на підставі ст. 196 СК, викладений у постанові від 01.07.15 р. у справі № 6-94цс15, та узгоджуватися із проведеним державним виконавцем розрахунком заборгованості за аліментами за спірний період⁶.

Строк заборгованості зі сплати аліментів для застосування заходів, передбачених пунктами 1 — 4 частин 9 та 12 ст. 71 Закону № 1404, обчислюється з наступного робочого дня після ухвалення постанови про відкриття виконавчого провадження.

НЕСПЛАТА АЛІМЕНТІВ НА ДИТИНУ, ЯКА ПРИЗВОДИТЬ ДО ВИНИКНЕННЯ ЗАБОРГОВАНOSTІ

Найменування нормативно-правового акта	Виклад норми нормативно-правового акта	Короткий аналіз норми нормативно-правового акта
Ч. 2, 11-12 ст. 71 Закону № 1404	За наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму платежів за 3 місяці, стягнення може бути звернено на майно боржника. Звернення стягнення на заробітну плату не перешкоджає зверненню стягнення на майно боржника, якщо існує непогашена заборгованість, сукупний розмір якої перевищує суму платежів за 3 місяці. За наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за 3 місяці, виконавець роз'яснює стягувачу право на звернення до органів досудового розслідування із заявою (повідомленням) про вчинене кримінальне правопорушення боржником, що полягає в ухиленні від сплати аліментів. За наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за 6 місяців, державний виконавець складає протокол про вчинення боржником адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 183-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення, ⁷ та надсилає його для розгляду до суду за місцезнаходженням органу ДВС	Закон України від 17.05.17 р. № 2037 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів» ⁸ підвищив відповідальність того з батьків, хто не сплачує аліменти, зокрема, при призначенні аліментів враховується наявність грошових коштів, рухомого та нерухомого майна. Отже, якщо платник аліментів не працює, не має «офіційного» доходу, не може довести джерело походження коштів, але придбав рухоме чи нерухоме майно, такі витрати можуть бути враховані судом при визначенні розміру аліментів

⁶ Рішення Апеляційного суду Одеської області від 25.05.17 р. у справі 518/1533/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67069616>.

⁷ Далі за текстом — КпАП.

⁸ Далі за текстом — Закон № 2037.



Найменування нормативно-правового акта	Виклад норми нормативно-правового акта	Короткий аналіз норми нормативно-правового акта
П. 4 ч. 3 Закону № 2037	При визначенні розміру аліментів <i>суд враховує</i>: — наявність рухомого та нерухомого майна, грошових коштів; — доведені стягувачем аліментів витрати платника аліментів, у тому числі на придбання нерухомого або рухомого майна, сума яких <i>перевищує десятикратний розмір прожиткового мінімуму</i> для працездатної особи, якщо платником аліментів не доведено джерело походження коштів	Отже, наявність значних неофіційних доходів, які перевищують десятикратний розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, враховується судом при визначенні розміру аліментів
Ч. 9 ст. 71 Закону № 1404	За наявності заборгованості зі сплати аліментів, <i>сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за 6 місяців</i>, державний виконавець ухвалює вмотивовані постанови: 1) про встановлення <i>тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України</i> — до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі; 2) про встановлення <i>тимчасового обмеження боржника у праві керування транспортними засобами</i> — до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі; 3) про встановлення <i>тимчасового обмеження боржника у праві користування вогнепальною мисливською, пневматичною та охолощеною зброєю, пристроями вітчизняного виробництва</i> для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, — до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі; 4) про встановлення <i>тимчасового обмеження боржника у праві полювання</i> — до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі. Постанови, зазначені у пунктах 1 — 4 цієї частини, надсилаються сторонам для відома не пізніше наступного робочого дня з дня їх ухвалення. Постанови, зазначені у пунктах 1 — 4 цієї частини, направляються до виконання відповідними органами після закінчення строку, визначеного ч. 5 ст. 74 цього Закону, для оскарження рішення, дії виконавця, якщо рішення, дії виконавця не були оскаржені. У разі оскарження рішення дії виконавця постанови, зазначені у пунктах 1 — 4 цієї частини, якщо їх не скасовано, підлягають виконанню відповідними органами після розгляду справи відповідним судом	Законом запроваджені <i>нові засоби примусового виконання рішень</i>, які можуть вживатися щодо боржника — того з батьків, з яким не проживає дитина, який не сплачує аліментні платежі, сукупний розмір яких перевищує суму відповідних платежів за шість місяців. Боржник може зазнавати певних обмежень щодо <i>права керування транспортними засобами, виїзду за кордон, права користування вогнепальною мисливською, пневматичною та охолощеною зброєю, пристроями вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, права полювання</i>. Зокрема, особа, щодо якої встановлене <i>тимчасове обмеження у праві керування транспортними засобами</i>, позбавляється такого права на строк від трьох до шести місяців (ст. 126 КпАП). Обставини, за якими не може бути встановлене тимчасове обмеження боржника у праві керування транспортними засобами, визначені у ч. 10 ст. 71 Закону № 1404



Найменування нормативно-правового акта	Виклад норми нормативно-правового акта	Короткий аналіз норми нормативно-правового акта
Ст. 31-1 КпАП	Несплата аліментів на утримання дитини, одного з подружжя, батьків або інших членів сім'ї, що призвела до виникнення заборгованості, <i>сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за 6 місяців</i> із дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання, тягне за собою виконання суспільно корисних робіт на строк від 120 до 240 годин ⁹	Запроваджено адміністративне стягнення для боржника за аліментними виплатами, несплата яких призвела до виникнення заборгованості, <i>сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за 6 місяців</i> . Стягнення полягає у виконанні правопорушником оплачуваних суспільно корисних робіт, вид яких визначає відповідний орган місцевого самоврядування строком від 120 до 240 годин, але не більше 8 годин на день для повнолітньої особи, та 2 годин — для неповнолітнього
Ч. 2 ст. 70 СК	При вирішенні спору про поділ майна суд може відступити від засади рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення, зокрема якщо один із них не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, ухилявся від участі в утриманні дитини (дітей), приховав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї	Коли суд розглядатиме спір про поділ майна для забезпечення найкращих інтересів дитини, він може відступити від засади рівності часток подружжя, якщо один із подружжя ухилявся від участі в утриманні дитини (дітей), зокрема, доказами ухилення будуть електронні листи, записи розмов, sms-повідомлення тощо
Постанова КМУ від 27.01.95 р. № 57 «Про затвердження Правил перетинання державного кордону громадянами України»	Виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, в супроводі одного з батьків або інших осіб, уповноважених одним із батьків за нотаріально посвідченою згодою, здійснюється <i>без нотаріально посвідченої згоди другого з батьків</i> у разі пред'явлення документів або їх нотаріально засвідчених копій: довідки про народження дитини, виданої відділом реєстрації актів цивільного стану, із зазначенням підстав внесення відомостей про батька відповідно до ч. 1 ст. 135 СК (під час виїзду дитини за кордон у супроводі одиної матері); виданої органом ДВС <i>довідки про наявність заборгованості</i> зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців	Відтепер діти до 16 років можуть виїхати з України в супроводі одного з батьків без нотаріально посвідченої згоди іншого з батьків за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців із дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання. Орган ДВС на вимогу стягувача протягом десяти днів видає довідку про наявність зазначеної заборгованості зі сплати аліментів. Той із батьків, хто має заборгованість зі сплати аліментів, сукупний

⁹ Станом на 29.03.18 р. органами Державної виконавчої служби направлено до суду 6 434 протоколи про адміністративне правопорушення і судами у Київській, Рівненській, Вінницькій, Житомирській, Одеській, Сумській, Тернопільській, Харківській та інших областях вже ухвалено 123 рішення про притягнення злісних неплательників аліментів до адміністративної відповідальності у вигляді виконання суспільно корисних робіт (Див. : «Закон і бізнес», 29.03.2018 р.).

Найменування нормативно-правового акта	Виклад норми нормативно-правового акта	Короткий аналіз норми нормативно-правового акта
Ч. 13 ст. 71 Закону № 1404	Довідка про наявність заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців із дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання, дійсна протягом 1 місяця з дня її видачі	розмір якої перевищує суму відповідних платежів за 6 місяців, <i>позбавляється права надавати згоду на виїзд дитини за межі України</i> , тим самим він фактично утримується від вирішення певних питань щодо виховання дитини

Для того щоб відстежувати стан ліквідації проблеми заборгованості за аліментними виплатами, Міністерство юстиції створило *онлайн-реєстр осіб, які не сплачують аліменти*. Якщо боржник не має офіційних доходів, суд може ухвалити рішення про арешт і продаж його майна. Міністерство юстиції України розробило *Технологічну картку здійснення державним виконавцем судового рішення виконавчого провадження за напрямком стягнення аліментів*.

У разі коли розмір заборгованості зі сплати аліментів перевищує суму платежів за 3 місяці, ДВС включає

відомості про боржника до Єдиного реєстру боржників¹⁰ шляхом внесення до автоматизованої системи виконавчого провадження інформації про наявну заборгованість.

За ст. 9 Закону № 1404 **Єдиний реєстр боржників** — це систематизована база даних про боржників, що є складовою автоматизованої системи виконавчого провадження та ведеться з метою оприлюднення у режимі реального часу інформації про невиконані майнові зобов'язання боржників і запобігання відчуженню боржниками майна.

Заходи примусового виконання рішень
— звернення стягнення на кошти, цінні папери, інше майно (майнові права), корпоративні права, майнові права інтелектуальної власності, об'єкти інтелектуальної, творчої діяльності, інше майно (майнові права) боржника, у тому числі якщо вони перебувають в інших осіб, або належать боржникові від інших осіб, або боржник володіє ними спільно з іншими особами
— звернення стягнення на заробітну плату, пенсію, стипендію та інший дохід боржника
— вилучення у боржника і передача стягувачу предметів, зазначених у рішенні
— заборона боржнику розпоряджатися та/або користуватися майном, яке належить йому на праві власності, у тому числі коштами, або встановлення боржнику обов'язку користуватися таким майном на умовах, визначених виконавцем
— інші заходи примусового характеру, передбачені Законом № 1404

Якщо відраховані з доходів боржника суми аліментів не були перераховані стягувачу, виконавець письмово повідомляє останньому про розмір заборгованості, що утворилася, та роз'яснює йому права на звернення з позовом до підприємства, установи, організації, фізичної особи-підприємця, фізичної особи, які виплачують боржнику відповідно заробітну плату, пенсію, стипендію чи інші доходи, якщо така заборгованість утворилася з їхньої вини.

Спори щодо *розміру заборгованості зі сплати аліментів вирішуються судом* за заявою зацікавленої особи у порядку, встановленому законом.

Заборгованість за аліментами стягується незалежно від досягнення дитиною повноліття та *нараховується* до ухвалення судом в установленому законом порядку рішення про зменшення розміру аліментів за позовом боржника.

У разі наявності заборгованості, яка виникла *на момент закінчення встановленого строку для стягнення аліментів*, її стягнення здійснюється у загальному порядку, визначеному Законом № 1404.

Якщо боржник не працює і сплачує аліменти самотійно, квитанції (або їх завірені копії) про перерахунок аліментів надаються виконавцю не пізніше

¹⁰ Публічний реєстр боржників, які мають заборгованість зі сплати аліментів. URL: <https://erb.minjust.gov.ua>.



наступного робочого дня після сплати і долучаються до матеріалів виконавчого провадження.

Виконавець *закінчує виконавче провадження про стягнення аліментів* після закінчення передбаченого законом строку їх стягнення за умови, що сума аліментів стягнута в повному обсязі.

Після *закінчення строку, передбаченого законом для стягнення аліментів, за відсутності заборгованості зі сплати аліментів* підприємство, установа, організація, фізична особа-підприємець, фізична особа, які проводили відрахування, повертають виконавцю постанову про стягнення аліментів із відміткою про перерахування в повному обсязі стягувачу присуджених йому сум аліментів.

У разі *виїзду боржника на постійне проживання до держави, з якою Україна не уклала договорів про надання правової допомоги, за рішенням суду до виїзду боржника за кордон* стягнення аліментів здійснюється наперед за весь період до досягнення дитиною повноліття.

ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА МАЙНО БОРЖНИКА

У разі відсутності у боржника коштів та інших цінностей, достатніх для задоволення вимог стягувача за аліментними виплатами, відбувається *звернення стягнення на майно боржника, яке полягає в його арешті, вилученні (списанні коштів із рахунків) та примусовій реалізації*, про що виконавець ухвалює постанову.

Виконавець не пізніше наступного робочого дня із дня отримання повідомлення зобов'язаний прийняти рішення про *накладення арешту на майно* в порядку, визначеному ст. 56 Закону № 1404, та направити відповідну постанову нотаріусу, органам, що здійснюють реєстрацію майна, не пізніше наступного робочого дня із дня її ухвалення.

Стягнення на майно боржника звертається в розмірі та обсязі, що необхідні для виконання за виконавчим документом, з урахуванням стягнення виконавчого збору, витрат виконавчого провадження, штрафів, накладених на боржника під час виконавчого провадження, основної винагороди приватного виконавця. Якщо боржник володіє майном разом з іншими особами, стягнення звертається на його частку, яка визначається судом за поданням виконавця.

Далі відбувається процедура звернення *стягнення на майно боржника* (перевірка майнового стану боржника, арешт майна, його вилучення та реалізація).

Якщо сума, яка підлягає стягненню за виконавчим провадженням, не перевищує 20 розмірів мінімальної заробітної плати, звернення стягнення на єдине житло боржника і земельну ділянку, на якій розташоване таке житло, не здійснюється. У такому разі виконавець зобов'язаний вжити заходів для виконання рішення за рахунок іншого майна боржника.

Виконавець проводить перевірку майнового стану боржника у 10-денний строк із дня відкриття виконавчого провадження. Надалі така перевірка проводиться виконавцем не рідше одного разу на: два тижні — щодо виявлення рахунків боржника, три місяці — щодо виявлення нерухомого та рухомого майна боржника і його майнових прав, отримання інформації про доходи боржника.

Для з'ясування та роз'яснення питань, які виникають під час здійснення виконавчого провадження і потребують спеціальних знань, виконавець ухвалює постанову про залучення експерта або спеціаліста (кількох експертів або спеціалістів), а для проведення оцінки майна — суб'єктів оціночної діяльності — суб'єктів господарювання.

Арешт майна (коштів) боржника застосовується для забезпечення реального виконання рішення.

Постанова про опис та арешт майна ухвалюється не пізніше як на 5-й робочий день із дня отримання інформації про його місцезнаходження. А в разі виявлення майна виконавцем під час проведення перевірки майнового стану боржника за місцем проживання (перебування) фізичної особи і місцезнаходженням юридичної особи здійснюються негайний опис та арешт цього майна.

Визначення вартості майна боржника здійснюється за взаємною згодою сторонами виконавчого провадження. Якщо сторони виконавчого провадження, а також заставодержатель у 10-денний строк із дня ухвалення виконавцем постанови про арешт майна боржника не досягли згоди щодо вартості майна та письмово не повідомили виконавця про визначену ними вартість майна, виконавець самостійно визначає вартість майна боржника за ринковими цінами, що діють на день такого визначення.

Реалізація арештованого майна (крім майна, вилученого з цивільного обороту, обмежено оборотоздатного майна і майна, зазначеного у ч. 8 ст. 56 Закону



№ 1404) здійснюється шляхом *електронних торгів* або за фіксованою ціною.

Реалізація за фіксованою ціною застосовується щодо майна, оціночна вартість якого не перевищує 50 мінімальних розмірів заробітної плати. Така реалізація не застосовується до нерухомого майна, транспортних засобів, повітряних, морських і річкових суден незалежно від вартості такого майна.

Порядок проведення електронних торгів визначається Міністерством юстиції України, зокрема продажем майна боржника займається ДП СЕТАМ.

Після передання виконавцем майно виставляється не *електронні торги*.

У разі погашення боржником заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі відбувається виключення відомостей про нього з Єдиного реєстру боржників шляхом внесення до автоматизованої системи виконавчого провадження інформації про відсутність заборгованості зі сплати аліментів безпосередньо в день установлення факту відсутності заборгованості зі сплати аліментів.

Не пізніше наступного робочого дня після надходження документів, що підтверджують сплату заборгованості за аліментами у повному обсязі, відбувається зняття арешту з майна боржника (якщо виконання рішення про стягнення аліментів може бути забезпечене в інший спосіб, ніж звернення стягнення на майно боржника).

Відповідно до положень ст. 59 Закону № 1404 арешт, накладений на майно боржника, може бути знятий у тому числі за рішенням суду. При цьому зазначеною правовою нормою не обмежується коло підстав (обставин), з яких власник нерухомого майна може звернутися до суду з позовом про зняття арешту.

При цьому зняття арешту з нерухомого майна за позовом його власника не ставиться в залежність від необхідності скасування в адміністративному (судовому або позасудовому) порядку постанови державного виконавця про обтяження майна боржника.

Відповідно до пунктів 2 та 8 постанови Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ постановою № 5 від 03.06.16 р. «Про судову практику в справах про зняття арешту з майна» позов про зняття арешту з майна може бути пред'явлений власником, а також особою, яка володіє на підставі закону чи договору або іншій законній підставі майном, що не належить боржнику (речове право на чуже майно). В одному провадженні можуть розглядатися вимо-

ги про визнання права власності на майно та зняття арешту з майна. При цьому якщо позивач є власником спірного майна, вирішується вимога про зняття арешту з майна.

Наприклад, за матеріалами справи ОСОБА_3 звернувся до суду з позовом до Ізмаїльського МР ВДВС ГТУЮ в Одеській області про зняття арешту з майна боржника.

Враховуючи те, що борг, у зв'язку з виникненням якого було накладено арешт на майно позивача, погашено у повному обсязі, а арешт з майна не знято, що порушує законні права та інтереси позивача стосовно розпорядження майном, власником якого він є, матеріали справи мають всі підстави для зняття арешту з цього майна за рішенням суду. Такого висновку колегія суддів дійшла виходячи також із того, що арешт майна боржника застосовувався для забезпечення реального виконання рішення.

Що стосується доводів третьої особи ОСОБА_4 про те, що на даний момент виконавче провадження не закінчено, оскільки боржник ОСОБА_3 має щомісячно сплачувати аліменти на її користь, а відчуження нерухомого майна перешкодить подальшому виконанню судового рішення, то вони є безпідставними.

Такого висновку колегія суддів дійшла виходячи з того, що арешт на майно боржника був накладений саме у зв'язку із заборгованістю, яка виникла, за виконавчими листами, яка на теперішній час повністю погашена, що підтверджується відповідними розрахунками від 01.12.16 р., здійсненими державним виконавцем.

Якщо в ході виконання судового рішення знову виникне заборгованість ОСОБА_3 за аліментами, то будуть усі підстави для накладення нового арешту на майно боржника.

Постанова про зняття арешту ухвалюється виконавцем не пізніше наступного робочого дня після надходження до нього документів, що підтверджують наявність підстав щодо зняття арешту з майна, передбачених ч. 4 ст. 59 Закону № 1404, та надсилається того ж дня органу (установі), якому була надіслана для виконання постанова про накладення арешту на майно боржника.

Закінчення виконавчого провадження відбувається за ст. 39 Закону № 1404, наприклад шляхом фактичного виконання в повному обсязі рішення згідно з виконавчим документом.



ОСОБЛИВОСТІ РОЗЛУЧЕННЯ ІЗ ОСОБАМИ, ЯКІ ЗАРЕЄСТРОВАНІ В РФ



Анастасія Сербіна,
аналітик Видавничого будинку «Фактор», адвокат

Судове розірвання шлюбу із особами, які офіційно не зареєстровані на території України та є громадянами інших держав, ускладнено питанням вибору суду, до якого може бути подано позов, та можливістю участі відповідача у судових засіданнях.

ТЕРИТОРІАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ (ПІДСУДНІСТЬ)

I. За загальним правилом, установленим ст. 27 Цивільного процесуального кодексу України¹, позови до фізичної особи пред'являються в суд за зареєстрованим у встановленому законом порядку місцем її проживання або перебування, якщо інше не передбачено законом.

II. Позови про розірвання шлюбу можуть пред'являтися **за зареєстрованим місцем проживання чи пе-**

ребування позивача у разі, якщо на його утриманні є малолітні або неповнолітні діти або якщо він не може за станом здоров'я чи з інших поважних причин виїхати до місця проживання відповідача. За домовленістю подружжя справа може розглядатися за зареєстрованим місцем проживання чи перебування будь-кого з них.

Отже, при наявності певних обставин, позов про розірвання шлюбу може бути подано за зареєстрованим місцем проживання/перебування позивача. Ними можуть бути:

Підстава	Чим може бути підтверджено
наявність на утриманні малолітніх/неповнолітніх дітей	Свідectвом про народження + довідкою про склад сім'ї, довідкою про зареєстрованих осіб, наявністю рішення про стягнення аліментів, актом тощо
стан здоров'я позивача	довідкою МСЕК, листком непрацездатності, лікарським висновком тощо
інші поважні причини, через які неможливо виїхати до місця проживання відповідача	довідкою про доходи при неможливості оплатити вартість проїзду та проживання; довідкою з місця роботи про неможливість надання відпустки; документом, що підтверджує здійснення догляду за інвалідом, який самостійно не може забезпечити себе; рішенням про визнання опікуном, піклувальником; рішенням про надання доступу до державної таємниці; вироком суду щодо позивача, у зв'язку із яким виїхати до іншої країни неможливо, тощо

III. Окремо слід зазначити, що згідно з ч. 9 ст. 28 ЦПК позови до відповідача, місце реєстрації проживання

або перебування якого невідоме, **пред'являються за місцезнаходженням майна відповідача чи за**

¹ Далі за текстом — ЦПК.



останнім відомим зареєстрованим його місцем проживання або перебування чи постійного його заняття (роботи).

Позови до відповідача, який не має в Україні місця проживання чи перебування, можуть пред'являтися за місцезнаходженням його майна або за останнім відомим зареєстрованим місцем його проживання чи перебування в Україні.

IV. Окремо слід нагадати про особливий порядок визначення підсудності у разі, коли і позивач, і відповідач, які є громадянам України, проживають за її межами.

Підсудність справ за участю громадян України, якщо обидві сторони проживають за її межами, а також справ про розірвання шлюбу між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, які проживають за межами України, **визначається суддею Верховного Суду**, визначеним у порядку, передбаченому статтею 33 цього Кодексу, одноособово (ст. 29 ЦПК).

З огляду на те, що норми ЦПК дають прив'язку саме до зареєстрованого місця проживання/перебування особи, слід також зупинись і на цих питаннях.

Так, Закон України від 11.12.03 р. № 1382 «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання» дає нам такі визначення:

перебування — адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік;

місце проживання — житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якій особа проживає, а також спеціалізовані соціальні установи, заклади соціального обслуговування та соціального захисту, військові частини;

реєстрація — внесення інформації до реєстру територіальної громади, документів, до яких вносяться відомості про місце проживання/перебування особи, із зазначенням адреси житла/місця перебування із подальшим внесенням відповідної інформації до Єдиного державного демографічного реєстру в установленому Кабінетом Міністрів України порядку.

Цим же Законом установлені правила здійснення реєстрації місця проживання/перебування особи. Отже, підсудність може визначатися лише за зареє-

строваним місцем проживанням/перебуванням, а не за будь-якою адресою, де особа реально проживає, але не зареєструвала там своє місце проживання/перебування.

Норми чинного українського законодавства визначають загальні правила щодо територіальної підсудності. Розірвання шлюбу між громадянами різних держав або між особами, які зареєстровані в різних державах, — ці питання належать до сфери міжнародного права.

З метою визначення юридичних відносин у шлюбно-сімейних справах України та Російської Федерації² слід, окрім ЦПК, керуватися ще й Конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах³ від 22.01.93 р.

Згідно зі ст. 20 Конвенції за загальним правилом підсудності (якщо інше не визначено розділами 2 — 5 Конвенції) позови до осіб, які проживають на території однієї з Договірних Сторін, подаються, незалежно від її громадянства, до судів цієї Договірної Сторони.

Статтею 28 Конвенції встановлено, що в справах про розірвання шлюбу застосовується законодавство Договірної Сторони, громадянами якої є подружжя на момент подачі заяви. Якщо на момент подачі заяви подружжя проживає на території іншої Договірної Сторони, то компетентні також установи цієї Договірної Сторони.

Якщо один з подружжя є громадянином однієї Договірної Сторони, а другий — іншої Договірної Сторони, застосовується законодавство Договірної Сторони, установа якої розглядає справу про розірвання шлюбу. У такому випадку компетентні установи Договірної Сторони, на території якої проживає подружжя. Якщо один з подружжя проживає на території однієї Договірної Сторони, а другий — на території іншої Договірної Сторони, у справах про розірвання шлюбу **компетентні установи обох Договірних Сторін, на територіях яких проживає подружжя.**

Якщо позов буде подаватися до українського суду, слід дотримуватися правил територіальної підсудності, встановленої ЦПК, про яку йшлося вище.

Окремо слід зазначити, що згідно зі ст. 1 Конвенції громадяни кожної з Договірних Сторін, а також особи, що проживають на її території, користуються

² Далі за текстом — РФ.

³ Далі за текстом — Конвенція.



на територіях усіх інших Договірних Сторін у відношенні своїх особистих і майнових прав таким же правовим захистом, як і власні громадяни цієї Договірної Сторони.

Громадяни кожної з Договірних Сторін, а також інші особи, що проживають на її території, мають право вільно і безперешкодно звертатися до суду, прокуратури й інших установ інших Договірних Сторін, до компетенції яких відносяться цивільні, сімейні і кримінальні справи, можуть виступати в них, подавати клопотання, пред'являти позови і здійснювати інші процесуальні дії на тих же умовах, що і громадяни цієї Договірної Сторони.

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Відповідно до ч. 1 ст. 498 ЦПК, у разі якщо в процесі розгляду справи суду необхідно вручити документи, отримати докази, провести окремі процесуальні дії на території іншої держави, суд України може звернутися з відповідним судовим дорученням до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави у порядку, встановленому цим Кодексом або між-

народним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Таким чином, з метою повідомлення відповідача про наявне судове провадження, вручення йому копії позовної заяви та усіх додатків, а також з'ясування думки відповідача по суті заявленого позову, український суд має направити судове доручення до РФ.

Порядок звернення із судовими дорученнями та їх виконання Договірними Сторонами визначається Інструкцією про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженою наказом Мін'юсту України, Державної судової адміністрації України 27.06.08 р. № 1092/5/54⁴.

Суди України з питань надання міжнародної правової допомоги в цивільних справах взаємодіють з іноземними компетентними органами через головні територіальні управління юстиції та Міністерство юстиції України.

Доручення про надання правової допомоги за кордоном повинно містити:

1	найменування компетентного органу України, що розглядає цивільну справу
2	найменування міжнародного договору України, на підставі якого запитується надання правової допомоги
3	найменування і номер цивільної справи, у якій запитується правова допомога
4	наявні дані про фізичну особу: П. І. Б., дата і місце народження, місце проживання, громадянство, місце роботи чи професія або наявні дані про юридичну особу: найменування, місцезнаходження, ідентифікаційний код Єдиного державного реєстру підприємств і організацій України, банківські реквізити
5	при наявності представників фізичної або юридичної особи — їхні прізвища, імена, по батькові та місце проживання
6	зміст доручення, чіткий перелік процесуальних дій, які належить учинити, а також інші відомості, необхідні для його виконання
7	процесуальне становище особи, щодо якої необхідно вчинити процесуальні дії
8	якщо запитується вручення документів — найменування документів, які підлягають врученню
9	якщо запитується вручення виклику до суду — дата і час судового засідання
10	якщо запитується одержання свідчень особи — перелік запитань або суть питань чи фактів, щодо яких необхідно одержати пояснення особи
11	інформація щодо наявності потреби в забезпеченні конфіденційності надходження доручення і відомостей, отриманих під час його виконання
12	у разі потреби зазначаються бажані строки, протягом яких очікується виконання доручення
13	у разі потреби зазначається прохання про надання дозволу на особисту присутність під час виконання доручення представників суду України, який склав доручення, або учасників судового розгляду чи їхніх представників

⁴ Далі за текстом — Інструкція.

14	у разі потреби зазначається прохання про застосування норм процесуального законодавства України під час виконання доручення. У такому випадку до доручення додається опис відповідної процедури або текст відповідних норм процесуального законодавства України
15	перелік документів, що надсилаються разом з дорученням

До доручення про вручення виклику до суду обов'язково додається виклик (повідомлення) про день судового розгляду, разом з **повідомленням про гарантії** особі, яка викликається, імунітету від адміністративної/кримінальної відповідальності у разі її явки до компетентного органу України, передбачені відповідним міжнародним договором. Виклик (повідомлення) про день судового розгляду друкується на чистих аркушах паперу, без штампів суду.

Доручення підписується суддею та скріплюється гербовою печаткою суду України, який складає доручення.

Документи, що додаються до доручення, повинні бути оформлені відповідно до законодавства України, **засвідчені підписом судді і печаткою суду** України в належних випадках. Якщо документ, що надсилається, складається з декількох аркушів, вони мають бути відповідним чином прошнуровані, пронумеровані і скріплені печаткою суду України.

У разі потреби в одному дорученні може міститися прохання про вручення документів, про виконання процесуальних дій чи надання іншої правової допомоги, якщо це стосується однієї й тієї самої особи, чи в інших випадках, коли це обумовлено доцільністю.

У разі надіслання судом України доручення для виконання за кордоном цивільна справа, у зв'язку з якою складається доручення, призначається до розгляду **з урахуванням розумних строків** пересилання документів та виконання направленою доручення за кордоном. У разі можливості судом України призначається дата наступного судового засідання, на яке може прийти особа, що викликається.

Доручення та документи, що до нього додаються, складаються мовою, передбаченою відповідним міжнародним договором України.

Окремо постає питання про мову позовної заяви. З огляду на те, що офіційною мовою РФ є російська, наші суди йдуть двома шляхами: або надають позивачу час долучити позовну заяву на російській мові, або залучають до провадження перекладача на підставі ст. 75 ЦПК для здійснення перекладу документів.

Відповідно до п. 2.3. Інструкції, якщо доручення чи документи, що до нього додаються, складено українською мовою, слід додавати **засвідчений переклад на мову запитуваної держави** або на іншу мову, передбачену міжнародним договором України.

Документи, що підлягають врученню згідно з дорученням суду України, складаються мовою запитуваної держави чи іншою мовою, передбаченою міжнародним договором України, або супроводжуються завіреним перекладом на таку мову.

Витрати, пов'язані із залученням перекладача, сплачуються у порядку, визначеному ЦПК.

Переклад здійснюється фахівцем, запрошеним до відповідного суду України, або засвідчується уповноваженим перекладачем, або нотаріально.

Суд України направляє доручення через головне територіальне управління юстиції до Мін'юсту, якщо інше не передбачено міжнародним договором України.

Головне територіальне управління юстиції перевіряє наявність та чинність міжнародного договору України, відповідно до якого складено доручення, у відносинах з запитуваною державою, відповідність оформлення такого доручення положенням відповідного міжнародного договору України, у тому числі наявність у дорученні інформації, що вимагається для його виконання згідно з міжнародним договором України, та направляє доручення до Мін'юсту протягом 14 календарних днів з дня його надходження.

Мін'юст протягом **14 днів** опрацьовує доручення та направляє його до центрального органу з питань надання міжнародної правової допомоги у цивільних справах запитуваної держави згідно з міжнародним договором України.

Мін'юст може прийняти рішення про повернення доручення до головного територіального управління юстиції для спрямування до суду України, що його склав, з метою доопрацювання. Одночасно зазначаються причини і висловлюються рекомендації щодо усунення недоліків.

Отриману інформацію і документи, що стосуються виконання за кордоном доручення суду України,



Мін'юст направляє до суду України, що склав доручення, через головне територіальне управління юстиції.

Отже, як бачите, процедура повідомлення відповідача, який проживає на території РФ (або іншої Договірної Сторони), є тривалою та потребує додаткових зусиль суду.

Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 252 ЦПК суд може за заявою учасника справи, а також з власної ініціативи **зупинити провадження у справі** у випадку звернення із судовим дорученням про надання правової допо-

моги, вручення виклику до суду чи інших документів до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави.

Як правило, суди в ухвалі про відкриття провадження у справі про розірвання шлюбу із особою, яка зареєстрована на території РФ (іншої Договірної Сторони), також прописують і про всі дії, які необхідно вчинити для повного та всебічного розгляду справи. Резолютивна частина ухвали може виглядати приблизно так:

ПОСТАНОВИВ:

Прийняти до розгляду та відкрити провадження у справі за позовною заявою ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про розірвання шлюбу.

Розгляд справи провести в порядку загального позовного провадження.

Почати підготовче провадження з дня постановлення цієї ухвали.

Проведення підготовчого засідання призначити на 20.06.2018 р. о 10 годині 00 хвилин у приміщенні _____ суду Донецької області (юридична адреса: _____).

Доручити компетентному суду РФ провести такі процесуальні дії:

1. Вручити відповідачу копію ухвали _____ суду Донецької області від _____ про відкриття провадження у справі, копію позовної заяви з копіями доданих до неї документів. Повідомити відповідача ОСОБА_2, який зареєстрований та проживає за адресою: АДРЕСА_1, про час та місце розгляду справи, яку призначено на _____.

2. Допитати відповідача ОСОБА_2 з таких питань:

— Чи визнає він заявлені позивачкою ОСОБА_1 позовні вимоги? Якщо не визнає, то зазначити, з яких причин?

— Чи не заперечує, щоб справа розглядалась у його відсутність у судовому засіданні в _____ суді Донецької області України або бажає брати участь у розгляді цивільної справи?

Залучити для участі в цивільній справі № ____ за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про розірвання шлюбу перекладача Київського обласного бюро перекладів (з української мови на російську мову).

Доручити перекладачу Київського обласного бюро перекладів здійснити переклад з української мови на російську мову позовної заяви ОСОБА_1 від _____ та окремих документів, що додаються до неї, а також ухвали судді _____ суду Донецької області від _____.

Попередити перекладача про кримінальну відповідальність за завідомо неправильний переклад за ст. 384 КК України та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Копію цієї ухвали направити до Київського обласного бюро перекладів — разом з примірниками документів, що підлягають перекладу.

Зупинити провадження в цивільній справі за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про розірвання шлюбу.

Звісно, що в резолютивній частині також буде інформація про порядок надання доказів, встановлено час, для написання відзиву, прописано порядок оскарження

цього рішення суду та ознайомлення із станом розгляду зазначеної справи. Після виконання усіх необхідних дій справа буде слухатися в загальному порядку.



ПРОГАЛИНИ В ПРАКТИЦІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО- ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКІ ДОЦІЛЬНО ВИКОРИСТОВУВАТИ ДЛЯ УСПІХУ В ПРОЦЕСІ



Олег Несінов, адвокат

Так склалося, що в деяких питаннях правозастосування судово-слідча практика йде хибним шляхом, у результаті чого сотні справ (проваджень) розглядаються по «накатаній схемі», а учасники процесу не помічають, а іноді, і не замислюються про наявність порушень. Аж доки не станеться якась вагома подія — або рішення ЄСПЛ, або роз'яснення вищої судової інстанції, або Конституційного Суду України¹ тощо.

Одним з таких прикладів стало рішення КСУ від 23.11.17 р., в якому суд визнав неконституційною практику продовження строків тримання під вартою судом, без клопотання про це сторони обвинувачення. Але неправильне правозастосування тривало багато років і подібні порушення напевно існують і зараз. Вважаю, що для успіху в процесі саме адвокати мають бути ініціаторами зміни поглядів на певні усталені питання правозастосування, які залишаються поза увагою суддів та учасників кримінального процесу. Саме на такі питання я звертаю увагу в цій публікації.

НЕЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ВІДВІД, НЕНАДАННЯ ЧАСУ І МОЖЛИВОСТІ ДЛЯ ПІДГОТОВКИ ЗАХИСТУ

Права підозрюваного, обвинуваченого (як і інших учасників процесу) мають бути не тільки роз'яснені (п. 2 ч. 3 ст. 42 Кримінального процесуального кодексу України²), але й забезпечені (п. 13 ч. 1 ст. 7, ст. 20 КПК). І зроблено це має бути неабияк, а чітко та своєчасно (п. 2 ч. 3 ст. 42 КПК).

На практиці, при наявності та очевидності майбутнього підозрюваного і навіть зазначення його прізвища в процесуальних документах зі ствердженням про скоєння ним злочину, розслідування кримінального провадження дуже часто ведеться «за фактом».

Після чого підозра та обвинувальний акт вручаються в найкоротші строки (а іноді — в один день), чим

штучно обмежується час та можливості для захисту, створюються умови для фальсифікацій та упередженого розслідування.

Одним з прав підозрюваного, що покликане забезпечувати об'єктивне, неупереджене розслідування, належну правову процедуру, є право заявляти відводи (п. 13 ч. 3 ст. 42, 75, 77, 79 КПК). Такі відводи підозрюваний має право заявляти не тільки до слідчого та прокурора — процесуального керівника, а й до усіх слідчих та усіх прокурорів, що входять до складу групи.

А тому з першої миті отримання статусу підозрюваного, для забезпечення права на відвід, підозрюваний має бути проінформований про склад групи слідчих та прокурорів і ознайомлений з відповідними підтвердними документами (постановами).

¹ Далі за текстом — КСУ.

² Далі за текстом — КПК.



Звертаю увагу, що п. 13 ч. 3 ст. 42 КПК не обмежує ані коло осіб, яким можливо заявляти відвід, ані можливість застосування відводу в часі.

Це означає, що підозрюваний має право заявляти відводи також тим особам, що вже провели певні дії або надали дозволи, погодження в цьому кримінальному провадженні, та ставити під сумнів законність їх дій (експертиз, обшуків, арештів майна, перекладів тощо)

А для того щоб підозрюваний мав можливість реалізувати ці права — він має бути негайно проінформований слідчим (прокурором) про тих осіб, стосовно яких підозрюваний має право заявити відвід (ст. 75, 77, 79 КПК), та про ті дії, які проведені за їх участю, дозволом, погодженням, згодою.

Звертаю увагу, що вимога забезпечення реалізації права на захист у вигляді відводу (п. 13 ч. 1 ст. 7, ст. 20 КПК) не означає лише надання інформації та прізвищ осіб, які входять до групи слідчих, прокурорів, та інших осіб, яким підозрюваний має право заявити відвід у цьому кримінальному провадженні, а й надання певного часу для отримання підозрюваним інформації про діяльність цих осіб, що допоможе йому зробити свої висновки.

Такі саме права має і потерпілий (п. 4 ч. 1 ст. 56 КПК) інтереси якого адвокати також представляють.

Незабезпечення права на відвід є порушенням права на захист, і не тільки істотним порушенням кримінального процесу, а істотним порушенням прав людини та основоположних свобод (п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК).

З власної багаторічної практики можу стверджувати, що на такі системні порушення, на жаль, не звертають увагу не тільки сторона обвинувачення та суди, але й захисники-адвокати.

Ненадання достатнього строку для здійснення захисту є позбавленням можливості для цього та істотним порушенням прав людини та основоположних свобод (п. 3 ч. 2 ст. 87 КПК), а також порушенням ст. 6 § 3 (а, b) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод³, яка встановлює, що кожен обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше право бути **негайно та детально** проінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього. **Мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту.**

Стаття 6 § 3 (а, b, с, е) Конвенції стосуються й стадії досудового слідства. Такий висновок зроблений у рішенні ЄСПЛ від 19.02.09 р. у справі «Шабельник проти України» (§52).

У рішенні від 12.01.12 р. у справі «Іглін (Iglin) проти України» ЄСПЛ зазначив, що *відсутність в особи достатнього часу на ознайомлення з матеріалами справи порушує ст. 6 § 3 (b) Конвенції*.

У рішенні у справі від 09.06.11 р. «Лучанінова проти України» ЄСПЛ дійшов висновку, що заявниці не було надано часу та можливостей, необхідних для підготовки її захисту. Отже, мало місце порушення ст. 6 § 3 Конвенції, взятого в поєднанні зі ст. 6 § 1 Конвенції.

Аналогічне рішення прийняте 21.10.10 р. у справі «Корнев і Карпенко проти України».

Очевидно, що обмеження для захисту в часі позбавляє підозрюваного всіх прав, передбачених ст. 42 КПК тощо, у тому числі права на належну правову процедуру, повне і неупереджене розслідування, гарантоване ст. 2 КПК.

Це право не може бути компенсовано на наступних стадіях кримінального процесу, а тому вважаю, що захисник повинен ставити питання про забезпечення та поновлення цього права, що можливо *лише* шляхом повернення обвинувального акта прокурору відповідно до вимог ст. 2, 7, 8 ч. 6 ст. 9 КПК, ст. 6 Конвенції та відновлення досудового розслідування.

ПОРУШЕННЯ ПРИ ВІДКРИТТІ СТОРОНИ МАТЕРІАЛІВ ТА НАДАННЯ ЇХ СУДУ В МЕНШОМУ ОБСЯЗІ

Про процедуру відкриття матеріалів іншій стороні (ст. 290 КПК) написано багато, крім наступного.

У протоколі, що складається за результатами відкриття матеріалів стороні, мають бути зазначені не тільки кількість сторінок, відкритих для ознайомлення матеріалів, а також і речові докази (ч. 2, 3 ст. 290 КПК), із зазначенням **найменування цих матеріалів** (ч. 9 ст. 290 КПК).

Очевидно, що таке найменування має бути настільки зрозумілим та чітким, щоб не давало підстав для подвійного тлумачення та розуміння того, що саме відкрито стороні. Чого, як правило, не робиться, а зазначаються про відкриття матеріалів на стількох-то аркушах. І все.

³ Далі за текстом — Конвенція.



Саме такі недосконалі дії обвинувачення надають стороні захисту можливість заявляти про сумніви стосовно того, що направлені суду матеріали є саме тими, що відкривались стороні, та подавати з цієї підстави клопотання про їх недопустимість (ч. 12 ст. 290 КПК).

Хибною також є практика, коли **відкриті стороні захисту матеріали кримінального провадження**, потім розшиваються і надаються суду лише в частині.

Чомусь вважається, що надавати матеріали в більшому обсязі, ніж відкрито стороні, не можна, а в меншому — можна.

Відповідність відкритих та наданих суду матеріалів останні не перевіряють і не розцінюють таку практику як порушення права на захист.

За таких умов здається незрозумілим, для чого стороні підписувати протокол про ознайомлення з певними матеріалами, якщо ця дія судом не перевіряється і не контролюється...

Коли діяв КПК в попередній редакції — була створена практика, за якою, якщо судом з'ясувалося, що сторону захисту не ознайомлено хоча б з одним аркушем кримінальної справи, це розцінювалось як порушення права на захист та істотне порушення Кримінального процесу, і **неминуче** було підставою для повернення справи на додаткове розслідування.

Підхід до забезпечення права на захист з прийняттям чинного КПК не змінився.

Так, відповідно до ст. 19 Конституції України, ст. 2, ч. 2 ст. 9, ч. 3, 5 ст. 223 КПК та Положення про органи досудового розслідування Національної поліції України, що затверджене наказом МВС № 570 від 06.07.17 р., на сторону обвинувачення, крім іншого, покладено обов'язок виявляти та надавати суду матеріали, що виправдовують підозрюваного (обвинувачуваного), вказати обставини, що пом'якшують його покарання.

Частиною 5 ст. 223 КПК встановлено, що у разі отримання під час проведення слідчої (розшукової) дії доказів, які можуть вказувати на невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, слідчий, прокурор зобов'язаний провести відповідну слідчу (розшукову) дію **в повному обсязі, долучити складені процесуальні документи до матеріалів досудового розслідування та надати їх суду у випадку звернення з обвинувальним актом**, клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Стороні обвинувачення надана певна свобода у вирішенні питання, що долучати до кримінального провадження, а що — ні.

І вже після того як слідчий (прокурор) визначились з обсягом матеріалів, що вважають важливими та необхідними для слідства, вони відкриваються стороні захисту.

А тому сторона захисту вправі передбачати та розраховувати на те, що відкриті матеріали, в тому числі ті, що містять обставини на користь захисту, будуть надані суду та оцінені останнім. І саме з цієї позиції необхідно готувати тактику дій.

За умов, що *не всі матеріали*, які відкриті захисту, долучаються в суді до кримінального провадження (як правило, ті, що на користь обвинуваченого) — така практика є очевидним порушенням права на захист і істотним порушенням процесу.

Наприклад, в одному з кримінальних проваджень, де я брав участь на стороні обвинуваченого у з'ясуванні, обвинувачення відкрило стороні захисту, але не надало суду рапорти поліцейських та пояснення осіб, які доводили, що потерпіла, перебуваючи в людному місці, не гукала на допомогу, що доводило добровільність статевого акта.

В іншому кримінальному провадженні, де я беру участь на стороні особи, яку обвинувачується у вбивстві, слідчим (прокурором) не надана суду відповідь мобільного оператора зв'язку про те, що в момент вбивства він робив дзвінки, не перебуваючи на місці злочину.

Такі дії (бездіяльність) мною були оскаржені до суду.

ЩОДО ПЕРЕВІРКИ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРОКУРОРА, СЛІДЧОГО НА ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ

У ч. 1 ст. 291 КПК зазначено, що обвинувальний акт складається слідчим та затверджується прокурором.

Таким чином, суд отримавши обвинувальний акт, крім іншого, має пересвідчитися в повноваженнях слідчого та прокурора, а останні надати суду підтвердження своєї особи, посади та повноважень на такі дії.

Так, п. 17 ч. 1 ст. 3, п. 1 ч. 2 ст. 39, ч. 1 ст. 214 КПК встановлює, що розслідувати провадження може не будь-який слідчий, а лише той, який визначений керівником органу досудового розслідування та уповноважений діяти в межах компетенції.



Пунктом 15 ч. 1 ст. 3 КПК встановлено, що прокурор — це особа, яка обіймає посаду, передбачену ст. 17 Закону України «Про прокуратуру», *та діє у межах своїх повноважень*.

Щонайменше всі ці обставини мають бути зазначені в реєстрі — додатку до обвинувального акта. Але й цього замало, бо зазначені дані мають доводитись оригіналами документів (посвідчень, постанов), чого на практиці не робиться.

Як правило, суди на підготовчому засіданні перевіряють відповідність обвинувального акта та реєстру вимогам ч. 2 — 4 ст. 291 та ст. 109 КПК, але не виконують вимоги ч. 1 ст. 291 КПК щодо встановлення повноважень слідчого та прокурора на складання та затвердження обвинувального акта.

Вважаю, що відсутність доказів повноважень слідчого та прокурора є підставою як для відводу прокурора в процесі, так і повернення обвинувального акта прокурору.

При цьому сторону захисту відповідно до вимог ч. 6 ст. 9 та ст. 7 КПК не повинно зупиняти суперечливе положення ст. 291 КПК про те, що надання суду інших, ніж зазначені в ст. 291 КПК, документів до початку судового розгляду забороняється.

В одному з кримінальних проваджень, де я захищаю працівників поліції, а розслідування проводив слідчий прокуратури області, підзахисним інкриміновано обвинувачення за ч. 2 ст. 365, ч. 1 ст. 366, 266, 162 КК.

На підготовчому судовому засіданні я заявив відвід прокурору та звернув увагу не тільки на відсутність документального підтвердження повноважень слідчого, прокурора і вимог ч. 1 ст. 291 КПК, а ще й

на те, що всі склади інкримінованих злочинів у цьому провадженні внесені до ЄРДР після 20.11.17 р., тобто після того, як прокуратура втратила повноваження щодо розслідування проваджень підслідних ДБР (до цієї дати до ЄРДР внесено лише ч. 1 ст. 365 КК, яка не інкримінується).

Я також зазначив, що це не тільки моя власна думка, також інформація розміщена на сайті Генеральної прокуратури України від 20.11.17 р. за посиланням: https://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&c=view&t=rec&id=219365.

Отже, я вважаю, що такі дії не тільки доводять відсутність повноважень слідчого прокуратури та прокурора із розслідування зазначеного кримінального провадження, процесуального керівництва, а мають ознаки службового злочину, чому суд має надати оцінку відповідно до вимог п. 3.2 Рішення КСУ № 16-рп/2009 у справі № 1-17/200930, де зазначено, що до повноважень судів загальної юрисдикції відноситься судовий контроль за забезпеченням дотримання законності в діяльності правоохоронних органів у період досудового слідства. Метою судового контролю є своєчасне забезпечення захисту та охорони прав та свобод людини та громадянина.

Ці доводи (а також інші) були зазначені й у клопотанні про повернення обвинувального акта прокурору, що мало ефект вибухівки, і в результаті — суд оголосив перерву на місяць.

Все зазначене доводить ефективність таких дій та необхідність їх застосування.

Далі буде. Більш детально цю тему висвітлено в книзі автора, що готується до випуску.



РОБОТА АДВОКАТА З ОРГАНАМИ ДАБІ ЩОДО ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ ПОСТАНОВ ПРО НАКЛАДЕННЯ ШТРАФІВ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД

Андрій Сітніков, адвокат, заступник Голови Ради адвокатів Хмельницької області



Органи Державної архітектурно-будівельної інспекції України¹ та архітектурно-будівельного контролю місцевих органів влади як суб'єкти владних повноважень мають величезні важелі впливу на суб'єктів містобудівної діяльності як громадян, так юридичних осіб. У деяких випадках сумарні суми штрафів у разі перевищують кошторисну вартість будівництва об'єктів. Значна кількість постанов у подальшому скасовується судами. Діяльність цих органів, на думку автора, безпосередньо впливає на інвестиційний клімат у країні та довіру людей до влади. Саме тому всі процедури при здійсненні владних повноважень повинні відбуватися у суворій відповідальності до чинного законодавства, із дотриманням усіх прав людини, у тому числі права на справедливий суд, передбаченому, зокрема, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод².

Ця стаття присвячується аналізу документа, що має назву «Деякі питання примусового виконання постанови про накладення штрафу — методичні рекомендації для органів державного архітектурно-будівельного контролю та територіальних органів Держархбудінспекції щодо порядку та строків примусового виконання постанови про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності», розміщеного на офіційному веб-сайті ДАБІ у рубриці «ДАБІ роз'яснює»³. Оскільки методичні рекомендації, не викладені у вигляді наказу або іншого документа нормативного характеру, вони ніби-то не мають обов'язкового характеру, однак для нещодавно створених місцевих органів Держархбудконтролю вони встановлюють певний алгоритм діяльності, який у подальшому має наслідки для всіх сторін процесу.

Адвокат, що допомагає клієнтам оскаржувати постанови органів ДАБІ, повинен розуміти логіку іншої сторони та алгоритм їх дій у разі притягнення особи

до відповідальності за порушення містобудівного законодавства.

Для зручності сприйняття далі автором наведено текст документа та його коментар по абзацам:

1. Виконавче провадження і примусове виконання постанови про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності — сукупність дій, визначених Законом України від 02.06.16 р. № 1404 «Про виконавче провадження»⁴, органів і осіб, що спрямовані на примусове виконання рішень і проводяться на підставах, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією України, Законом України «Про виконавче провадження», іншими законами та нормативно-правовими актами тощо.

Згідно із ч. 2 ст. 12 цього Закону виконавчі документи можуть бути пред'явлені до примусового виконання протягом трьох років, крім посвідчень комісій по трудових спорах та виконавчих документів, за якими стягувачем є держава або державний орган,

¹ Далі за текстом — ДАБІ.

² Далі за текстом — Конвенція.

³ Див. за посиланням: URL: <http://www.dabi.gov.ua/dabi-roz-yasnyuye/>.

⁴ Далі за текстом — Закон № 1404.



які можуть бути пред'явлені до примусового виконання протягом трьох місяців.

Коментар. Насправді зазначена норма викладена у ч. 1 ст. 12 Закону № 1404. Отже, Закон надає органам ДАБІ **три місяці** для пред'явлення постанови для примусового виконання. Однак методичні рекомендації не вказують на реальну ч. 2 ст. 12 Закону № 1404, у якій зазначено: «строки, зазначені в частині першій цієї статті, встановлюються для виконання рішення з наступного дня після набрання ним законної сили чи закінчення строку, встановленого в разі відстрочки чи розстрочки виконання рішення, а якщо рішення підлягає негайному виконанню — з наступного дня після його прийняття». Таким чином, принципово важливим є момент **набрання законної сили постанови ДАБІ**.

2. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності» **постанову** про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності **може бути оскаржено до суду протягом 15 днів з дня її винесення** з повідомленням про таке оскарження у той самий строк органу, який виніс постанову. При цьому п. 29 Порядку накладення штрафів за правопорушення у сфері містобудівної діяльності⁵, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.95 р. № 244, визначено, що оскарження постанови про накладення штрафу в установлений строк зупиняє її виконання до набрання законної сили відповідним рішенням суду. Форма та порядок повідомлення про оскарження постанови про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності законодавчо не визначені.

Коментар. Наведена норма ст. 5 зазначеного Закону, продубльована також у п. 28 вищевказаного Порядку накладення штрафів, надає право суб'єкту містобудівної діяльності: а) оскаржити постанову про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності, строк на оскарження встановлений у 15 днів з моменту її винесення; б) повідомити у довільній формі органи ДАБІ про таке оскарження.

Однак відповідно до п. 17 Порядку накладення штрафів справа **може** розглядатися за участю суб'єкта містобудування, який притягається до відповідальності, або його уповноваженого представника, експертів, інших осіб. Відомості про час і місце розгляду справи

повідомляються суб'єкту містобудування, який притягається до відповідальності, та іншим особам, які беруть участь у розгляді справи, не пізніше як за 3 доби до дня розгляду справи. Неприбуття суб'єкта містобудування у визначений час і місце не перешкоджає розгляду справи. Отже, внаслідок несвоєчасного повідомлення, навмисного або ненавмисного неповідомлення та багатьох інших обставин, розгляд справи відбувається без участі суб'єкта містобудування.

Відповідно до п. 25 Порядку накладення штрафів постанова про накладення штрафу складається у 3 примірниках. Перший примірник постанови у **3-денний строк після її прийняття** вручається під розписку керівникові або уповноваженому представникові суб'єкта містобудування чи надсилається йому поштою, про що робиться відмітка у постанові. Другий примірник у разі несплати штрафу в установлений строк пред'являється органом державного архітектурно-будівельного контролю до примусового виконання у порядку та строки, визначені Законом № 1404, а третій — залишається в органі державного архітектурно-будівельного контролю, який виніс постанову.

За багаторічним досвідом автора, фактично у багатьох випадках органи ДАБІ, маючи 3 місяці на пред'явлення виконавчого документа (постанови) для виконання, на 16-й день з моменту винесення постанови, мають право та направляють її на примусове виконання, при цьому вважають, що діють згідно із законом.

З боку суб'єкта містобудівної діяльності, він має 12 (15-3) календарних днів для того, щоб оскаржити постанову та повідомити органи ДАБІ про таке оскарження. У разі якщо суб'єкт містобудування не був присутнім при розгляді справи та повідомляється про винесену постанову поштою, такий строк скорочується на термін роботи Укрпошти в середньому від 2 до 7 днів і фактично складає **5 — 9** календарних днів.

3. При цьому відповідно до ч. 1 ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України⁶ кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або законні інтереси, і просити про їх захист. Водночас ч. 2 ст. 9 цього ж Кодексу визначено, що суд розглядає адміністративні справи не інакше як за позовною заявою. Також згідно

⁵ Далі за текстом — Порядок накладення штрафів.

⁶ Далі за текстом — КАСУ.



з ч. 1 ст. 168 КАС позов пред'являється шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції.

Також згідно ч. 8 ст. 171 КАС питання про відкриття провадження в адміністративній справі суддя вирішує **протягом п'яти днів з дня надходження до адміністративного суду позовної заяви**.

Коментар. Відповідно до ч. 1 ст. 168 КАС у редакції Закону № 2147 від 03.10.17 р. позов пред'являється шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції, де вона реєструється та не **пізніше наступного дня** передається судді.

Відповідно до ч. 1 — 3 ст. 169 КАС суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, встановлених ст. 160, 161 цього Кодексу, протягом **5 днів з дня подання позовної заяви** постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху. В ухвалі про залишення позовної заяви без руху зазначаються недоліки позовної заяви, спосіб і строк їх усунення, який не може перевищувати **10 днів з дня вручення ухвали** про залишення позовної заяви без руху. Якщо ухвала про залишення позовної заяви без руху постановляється з підстави несплати судового збору у встановленому законом розмірі, суд у такій ухвалі повинен зазначити точну суму судового збору, яку необхідно сплатити (доплатити). Якщо позивач усунув недоліки позовної заяви у строк, встановлений судом, **вона вважається поданою у день первинного її подання** до адміністративного суду та приймається до розгляду, про що суд постановляє ухвалу в порядку, встановленому ст. 171 цього Кодексу.

У цьому випадку ухвала про відкриття провадження може бути винесена у строк 5 днів + 10 днів + строк на вручення = всього близько 20 днів.

У разі якщо позовна заява не містить недоліків відповідно до ч. 8 ст. 171 КАС, дійсно питання про відкриття провадження в адміністративній справі суддя вирішує протягом 5 днів з дня надходження до адміністративного суду позовної заяви. Таким чином, від подання позовної заяви до поставлення ухвали про відкриття провадження законний строк може тривати від 5 до 20 днів.

4. Слід зазначити, що Законом України «Про доступ до судових рішень» визначено, що для доступу до судових рішень забезпечується ведення Єдиного

державного реєстру судових рішень⁷. Суд вносить до Реєстру всі судові рішення та окремі думки суддів, викладені у письмовій формі, **не пізніше наступного дня** після їх ухвалення або виготовлення повного тексту. Таким чином, уповноважена посадова особа органу державного архітектурно-будівельного контролю під час направлення постанови про накладення штрафу до органу для примусового виконання, отримавши повідомлення про оскарження такої постанови, має враховувати зазначені вище норми та строки, а також інформацію, розміщену в Реєстрі.

Коментар. Практика свідчить про те, що навіть у разі своєчасного внесення Судом до Реєстру ухвали про відкриття провадження в справі про оскарження постанови про притягнення до відповідальності за правопорушення у сфері містобудівної діяльності наступного дня, така ухвала з'являється у Реєстрі в загальному доступі через декілька днів.

Аналіз даних Реєстру дає можливість говорити, що цей період, як правило, триває від 1 до 47 днів, але в середньому 3 — 5 днів по більшості справ.

Таким чином, вірогідність того, що уповноважена посадова особа органу державного архітектурно-будівельного контролю під час направлення постанови про накладення штрафу до органу для примусового виконання, навіть отримавши повідомлення про оскарження такої постанови, побачить інформацію про відкриття провадження адміністративним судом про оскарження постанови, розміщену в Реєстрі, наближається до нульової.

З цього прикрого факту впливає практичний висновок для адвоката — надавати повідомлення про оскарження постанови відразу в день її винесення, отримувати докази про вручення такого повідомлення, навіть якщо в подальшому таке оскарження ви вирішите не застосовувати. Інший висновок — бажано знати та бути присутнім при винесенні постанови, тому що в подальшому правова позиція про незнання та/або неповідомлення про її винесення, на думку автора, буде значно слабшою.

На жаль, методичні рекомендації абсолютно не торкнулись питання того, що органи ДАБІ також виносять постанови в справах про адміністративні правопорушення відповідно до ст. 96 Кодексу України про адміністративні правопорушення⁸ «Порушення вимог

⁷ Далі за текстом — Реєстр.

⁸ Далі за текстом — КпАП.



законодавства, будівельних норм, стандартів і правил під час будівництва» та ст. 96¹ КпАП «Порушення законодавства під час планування і забудови територій». При цьому відповідно до ч. 1 ст. 307 КпАП штраф має бути сплачений порушником не пізніше як через 15 днів з дня вручення йому постанови про накладення штрафу, крім випадків, передбачених ст. 300¹ цього Кодексу, а в разі оскарження такої постанови — не пізніше як через 15 днів з дня повідомлення про залишення скарги без задоволення. А відповідно до ст. 308 КпАП у разі несплати правопорушником штрафу у строк, установлений ч. 1 ст. 307 цього Кодексу, постанова про накладення штрафу вноситься до Єдиного державного реєстру виконавчих документів та не пізніше наступного дня пред'являється для примусового виконання до органу державної виконавчої служби за місцем проживання порушника, роботи або за місцезнаходженням його майна у порядку, встановленому Законом № 1404. У порядку примусового виконання постанови про стягнення штрафу за вчинення адміністративного правопорушення з правопорушника стягується: *подвійний розмір штрафу*, визначеного у відповідній статті цього Кодексу та зазначеного у постанові про стягнення штрафу; витрати на облік зазначених правопорушень. Розмір витрат на облік правопорушень визначається КМУ.

Відповідно до ст. 299 КпАП постанова про накладення адміністративного стягнення звертається до виконання органом (посадовою особою), який виніс постанову, при цьому КпАП не містить вимоги про повідомлення про майбутнє оскарження постанови як у випадку для постанов про порушення у сфері містобудівної діяльності.

Оскільки ст. 286 КпАП не встановлює обов'язковості присутності особи, щодо якої виносяться постанови в порядку ст. 96 та 96¹ КпАП, органи ДАБІ у багатьох випадках виносять такі постанови *заочно* та після 15 днів подають їх на примусове виконання до органів виконавчої служби.

Внаслідок таких нібито «законних» дій органів ДАБІ особа дізнається про складену на неї постанову від органів виконавчої служби після того, як: (а) відкрито виконавче провадження; (б) до особи застосовано подвійний розмір штрафу; (в) з особи стягуються витрати на облік зазначених правопорушень; (г) з особи стягується виконавчий збір; (ґ) інколи винесена й постанова про арешт майна боржника. При цьому

зазначена постанова чинності не набрала, оскільки оскаржена особою до суду, однак відомості про винесення ухвали про відкриття провадження в Єдиному державному реєстрі судових рішень відсутні внаслідок занадто стислих строків, розрахованих вище.

Звісно, що адвокат має використовувати всі можливості, передбачені КАС щодо подачі заяви про продовження строків на оскарження постанови, несвоєчасне одержання якої суди визнають поважною причиною пропуску таких строків. Можна визнавати неправомірними дії органів ДВС та застосовувати інші способи захисту.

Викликає питання або незадоволення роботою органів ДАБІ з огляду на інше. Переважно представники ДАБІ обізнані про те, що особа не згодна з їх діями та має намір у законному порядку оскаржувати винесені ними постанови. Однак на 16-й день після винесення таких постанов, свідомо надсилають їх для примусового виконання до органів виконавчої служби. На жаль, позиція ДАБІ України, офіційно висловлена у вищевказаних методичних рекомендаціях, не забороняє це робити.

З огляду на викладене, у цьому контексті адвокат має звертати увагу на порушення права на справедливий суд та наводити приклади практики ЄСПЛ.

Так, ЄСПЛ наголошено на тому, що перша та найбільш важлива вимога ст. 1 Першого протоколу до Конвенції полягає в тому, що будь-яке втручання державного органу в право на мирне володіння майном повинно бути законним (див. рішення у справі «Іатрідіс проти Греції»).

У справі «Беллет проти Франції» Суд зазначив, що ст. 6 § 1 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду. Рівень доступу, наданий національним законодавством, має бути достатнім для забезпечення права особи на суд з огляду на принцип верховенства права в демократичному суспільстві. Для того щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання у її права». Також принцип «належного урядування», висловлений Судом у справі «Рисовський проти України», повинен бути дотриманий при роботі всіх державних інституцій.

Отже, у розпорядженні адвоката є достатньо правових механізмів забезпечити дотримання інтересів клієнта у зазначеній категорії справ.

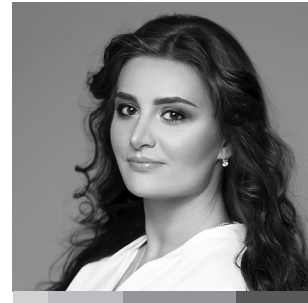


ОГЛЯД РІШЕНЬ ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ КСУ ЗА ПЕРІОД З ЛИСТОПАДА 2017 РОКУ ПО ТРАВЕНЬ 2018 РОКУ



Олександр Дроздов, адвокат, доцент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Голова ВКДКА, Перший проректор Вищої школи адвокатури, к. ю. н.

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



Починаючи з цього випуску ми запроваджуємо нову рубрику, де будемо висвітлювати новітню практику Великої Палати Конституційного Суду України¹.

1. Рішення КСУ² від 23.11.17 р. № 1-р/2017 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини³ щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення ч. 3 ст. 315 Кримінального процесуального кодексу України⁴.

Предметом розгляду у КСУ стало звернення Уповноваженого ВРУ з прав людини до КСУ розглянути питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення ч. 3 ст. 315 КПК, прийнятого ВРУ 13.04.12 р. за № 4651, зі змінами. Відповідно до цього положення *застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних на стадії досудового розслідування, за відсутності відповідних клопотань сторін кримінального провадження вважається продовженням*.

Необхідність у зверненні до КСУ автор клопотання обґрунтовує тим, що вказане положення КПК порушує

право людини на свободу та особисту недоторканність. На думку Уповноваженого ВРУ з прав людини, закріплення норми, згідно з якою запобіжний захід у виді тримання особи під вартою або домашнього арешту має вважатися продовженням у разі відсутності клопотань сторін про зміну або скасування такого заходу, позбавляє особу належного захисту від свавілля та суперечить вимогам ч. 1 ст. 8, ч. 2 ст. 29 Конституції України.

КСУ виходячи з положень ч. 1, 2 ст. 29 Конституції України та сформульованих ним юридичних позицій, а також беручи до уваги наведені положення міжнародних правових актів щодо захисту права людини на свободу та особисту недоторканність, дійшов висновку, що право на свободу та особисту недоторканність не є абсолютним і може бути обмежене, але тільки на підставах та в порядку, визначених законами України. Обмеження конституційного права на свободу

¹ Далі за текстом — КСУ.

² Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17>.

³ Далі за текстом — Уповноважений ВРУ з прав людини.

⁴ Далі за текстом — КПК.



та особисту недоторканність має здійснюватися з дотриманням конституційних гарантій захисту прав і свобод людини і громадянина та виключно на підставі вмотивованого рішення суду.

Далі КСУ вказав, що обґрунтованість застосування запобіжних заходів, пов'язаних з обмеженням права особи на свободу та особисту недоторканність, зокрема домашнього арешту та тримання під вартою, має піддаватися судовому контролю через певні проміжки часу, періодично, об'єктивним та неупередженим судом на предмет перевірки наявності чи відсутності ризиків, за яких вказані запобіжні заходи застосовуються, у тому числі при закінченні досудового розслідування, коли деякі ризики вже можуть зникнути.

КСУ також зазначив, що положення третього речення ч. 3 ст. 315 КПК в частині, що передбачає поширення продовження застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а саме запобіжних заходів у виді домашнього арешту чи тримання під вартою, обраних під час досудового розслідування, без клопотань учасників кримінального провадження, зокрема прокурора, та без перевірки судом обґрунтованості підстав для їх застосування, за яких такі запобіжні заходи були обрані на стадії досудового розслідування, суперечить вимогам ч. 1, 2 ст. 29 Конституції України.

Разом з тим КСУ стверджував, що продовження судом під час підготовчого судового засідання застосування заходів забезпечення кримінального провадження щодо запобіжних заходів у виді домашнього арешту та тримання під вартою за відсутності клопотань прокурора порушує принцип рівності усіх учасників судового процесу, а також принцип незалежності та безсторонності суду, оскільки суд стає на бік обвинувачення у визначенні наявності ризиків за ст. 177 КПК, які впливають на необхідність продовження домашнього арешту або тримання під вартою на стадії судового провадження у суді першої інстанції. Коли суддя за відсутності клопотань сторін (прокурора) ініціює питання продовження тримання обвинуваченого під вартою або домашнім арештом, він виходить за межі судової функції і фактично стає на бік обвинувачення, що є порушенням принципів незалежності і безсторонності судової влади.

Зрештою КСУ визнав таким, що не відповідає Конституції України (**є неконституційним**), положення третього речення ч. 3 ст. 315 КПК. Положення третього речення ч. 3 ст. 315 КПК, визнане неконституційним, втрачає чинність з дня ухвалення КСУ цього рішення (пункти 1 та 2 резолютивної частини).

2. КСУ у своєму рішенні⁵ від 20 грудня 2017 року № 2-р/2017 по справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону України «Про вищу освіту» надав оцінку положенням п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону України від 01.07.14 р. № 1556 «Про вищу освіту»⁶, згідно з яким не може бути обрана, призначена (у тому числі виконувачем обов'язків) на посаду керівника закладу вищої освіти особа, яка «голосувала за диктаторські закони 16 січня 2014 року».

Досліджуючи наведене питання, КСУ, зокрема, висловив думку, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності (п.п. 2.2 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Перевіряючи п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону № 1556 на предмет його відповідності принципу правової визначеності як елемента конституційного принципу верховенства права, КСУ зазначив, що оспорювана норма Закону № 1556 є невизначеною, оскільки з її змісту незрозуміло, яким критерієм необхідно керуватися при визначенні, чи є Закон України, прийнятий ВРУ 16.01.14 р., «диктаторським». Таким чином, п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону № 1556 не відповідає вимозі правової визначеності, що уможливило його довільне трактування у правозастосовній практиці і може призвести до сваволі. Враховуючи викладене, КСУ дійшов висновку, що п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону № 1556 суперечить ч. 1 ст. 8 Конституції України через його невідповідність принципу правової визначеності.

Предметом дослідження у наведеній справі перед КСУ постало й питання **депутатського індемнітету**. КСУ зазначив, що депутатський індемнітет має довічний характер, що виключає можливість переслідування народного депутата України у майбутньому навіть

⁵ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17>.

⁶ Далі за текстом — Закон № 1556.



за умови припинення його депутатських повноважень. Це підтверджується юридичною позицією КСУ, який вказав, що народний депутат України і після припинення депутатських повноважень не може бути притягнений до юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання у парламенті та його органах (абз. 2 п. 4 мотивувальної частини рішення від 27.10.99 р. № 9-рп/99).

КСУ звернув увагу, що депутатський індемнітет в Україні не має абсолютного характеру, адже ч. 2 ст. 80 Конституції України передбачено відповідальність народного депутата України за образу чи наклеп. Проте Основним Законом не встановлено жодних інших застережень стосовно голосування народного депутата України у парламенті та його органах. Тобто право вільного голосу народного депутата України у ВРУ та її органах є абсолютним, тому він не може нести юридичної відповідальності за результати голосування (п. 2 мотивувальної частини рішення).

КСУ констатував, що п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону № 1556 фактично запроваджено юридичну відповідальність народного депутата України за результати голосування у минулому, а саме за підтримку «диктаторських законів 16 січня 2014 року», оскільки у разі його призначення виконувачем обов'язків керівника закладу вищої освіти він підлягає звільненню протягом двох тижнів з дня набрання чинності Законом № 415, тобто з 11.06.15 р.

Однак таке законодавче регулювання порушує сутність встановленого у ч. 2 ст. 80 Конституції України депутатського індемнітету, що має довічний характер, тобто виключає можливість переслідування народного депутата України у майбутньому навіть за умови припинення його депутатських повноважень, і є абсолютним щодо неможливості притягнення народного депутата України до юридичної відповідальності за результати голосування у парламенті та його органах, за винятком відповідальності за образу чи наклеп.

Наведене дало КСУ підстави стверджувати, що п. 7 ч. 2 ст. 42 Закону № 1556 у взаємозв'язку із п. 2 розд. II «Прикінцеві положення» Закону № 415 суперечить

ст. 80 Основного Закону України, а тому є неконституційним.

Звертаємо увагу, що зазначене рішення КСУ супроводжується низкою окремих думок суддів КСУ М. І. Мельника, В. Р. Мойсика, І. Д. Сліденка, з текстом яких можна ознайомитися на офіційному веб-сайті КСУ.

3. Завершив 2017 рік КСУ рішенням⁷ від 21.12.17 р. № 3-р/2017 у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ч. 9 ст. 61, ч. 3 ст. 105 Закону України від 17.11.11 р. № 4061 «Про вибори народних депутатів України»⁸, п. 3 розд. II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори народних депутатів України» щодо виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку партії у багатомандатному окрузі» (справа про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії).

Оспорювані положення передбачали можливість виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку кандидатів у народні депутати України⁹ від політичної партії¹⁰ у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі після встановлення результатів виборів народних депутатів України за рішенням з'їзду (зборів, конференції) партії.

У цій справі КСУ зробив низку важливих висновків. Так, можливість виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку від партії після голосування та встановлення результатів виборів народних депутатів України суперечить сутності демократичних виборів та конституційному праву громадян України вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (п.п. 2.3 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку від партії суперечить принципу вільних виборів, оскільки може призвести до перегляду результатів вільного та демократичного вибору

⁷ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/v003p710-17>.

⁸ Далі за текстом — Закон № 4061.

⁹ Далі за текстом — виборчий список.

¹⁰ Далі за текстом — партія.



громадян України після встановлення результатів виборів народних депутатів України (п.п. 2.4 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Існування можливості виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку від партії після встановлення результатів виборів народних депутатів України спричиняє також правову невизначеність щодо набуття кандидатами у народні депутати України статусу народного депутата України. Крім того, саме виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку від партії спотворює волевиявлення виборців та порушує принцип правомірних очікувань і виборців, і кандидатів у народні депутати України (п.п. 2.5 п. 2 мотивувальної частини рішення).

КСУ дійшов висновку, що можливість виключення партією кандидатів у народні депутати України з виборчого списку від партії після встановлення результатів виборів народних депутатів України за рішенням її з'їзду (зборів, конференції), передбачена ч. 9 ст. 61, ч. 3 ст. 105 Закону № 4061, суперечить принципам народовладдя; правової визначеності та правомірних очікувань як складовим принципам верховенства права; свободи політичної діяльності; вільних виборів та вільного волевиявлення виборців; вільного депутатського мандата (ч. 2 ст. 5, ч. 1 ст. 8, ч. 4 ст. 15, ст. 71, ст. 79 — 81, 84 Конституції України). Зазначені положення Закону № 4061 порушують право громадян України вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 38 Конституції України), уможливають заперечення партією політичної волі виборців, втіленої у результатах голосування на виборах народних депутатів України, та суперечать засадам конституційного ладу України (п.п. 2.6 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Крім того, прийняття Закону № 1006 від 16.02.16 р. призвело до погіршення правового становища кандидатів у народні депутати України від партій, у тому числі тих, які набули відповідного статусу до набрання ним чинності. Таким чином, п. 3 розд. II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 1006 порушує формально-юридичну визначеність правовідносин за участю зазначених суб'єктів виборчого процесу, оскільки він запроваджує перегляд як відомих заздалегідь умов, за якими проводилися позачергові

вибори народних депутатів України 26.10.14 р., так і їх результатів (п.п. 2.7 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Таким чином, КСУ визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними): ч. 9 ст. 61, ч. 3 ст. 105 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.11 р. № 4061, зі змінами; п. 3 розд. II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори народних депутатів України» щодо виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку партії у багатомандатному окрузі» від 16.02.16 р. № 1006 (п. 1 резолютивної частини рішення).

До наведеного рішення КСУ також додано низку окремих думок суддів КСУ М. М. Гулята, М. П. Запорожця, І. Д. Сліденка, Н. К. Шаптали, з текстом яких можна ознайомитися на офіційному веб-сайті КСУ.

4. 2018 рік КСУ розпочав з рішення¹¹ від 27.02.18 р. № 1-р/2018 у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців 13, 14 п. 32 розд. I Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу 1 п.п. 164.2.19 п. 164.2 ст. 164 Податкового кодексу України¹² (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання).

Предметом розгляду КСУ стали положення абз. 1 п.п. 164.2.19 п. 164.2 ст. 164 Кодексу, згідно з яким до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку включаються суми пенсій (включаючи суму їх індексації, нараховану відповідно до закону) або щомісячного довічного грошового утримання, отримуваних платником податку з Пенсійного фонду України чи бюджету згідно із законом, якщо їх розмір перевищує десять розмірів прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність (у розрахунку на місяць), встановленого на 1 січня звітного податкового року, — у частині такого перевищення,

¹¹ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-18>.

¹² Далі за текстом — ПК.

а також пенсій з іноземних джерел, якщо згідно з міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, такі пенсії підлягають оподаткуванню чи не оподатковуються в країні їх виплати.

Конституційні приписи, передбачені ст. 1, 3, 8, 21, ч. 1 ст. 24, ст. 46 Основного Закону, забезпечують реалізацію прав і свобод людини і громадянина, зокрема права на пенсійне забезпечення, правові гарантії, правову визначеність і пов'язану з ними передбачуваність законодавчої політики у сфері пенсійного забезпечення, які необхідні для того, щоб учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки вчинених ними дій і бути впевненими у своїх правомірних очікуваннях стосовно того, що набуте ними на підставі чинного законодавства право буде реалізовано в повному обсязі (п.п. 4.1 п. 4 мотивувальної частини рішення).

Як зазначив КСУ, встановлення ВРУ у законодавстві України оподаткування пенсій та зміни суми, з якої починається таке оподаткування, суперечить таким елементам конституційного принципу верховенства права, як правова визначеність, правова передбачуваність, правомірні очікування та справедливність, тому положення абз. 1 п.п. 164.2.19 п. 164.2 ст. 164 Кодексу не відповідає ч. 1 ст. 8 Конституції України (п.п. 4.3 п. 4 мотивувальної частини рішення).

Разом з тим КСУ встановив, що правове регулювання у сфері оподаткування пенсій певних категорій осіб спотворює сутність обов'язку держави щодо гарантування права застрахованих осіб на пенсію, оскільки не узгоджується з принципом рівності, а також з обумовленою ним вимогою збалансування прав та обов'язків. Застосований законодавцем підхід до визначення категорій (груп) пенсіонерів, пенсії яких підлягають оподаткуванню, свідчить про порушення такого принципу (п.п. 4.4 п. 4 мотивувальної частини рішення).

КСУ зауважив, що законодавець прирівнює пенсію до різних видів доходів громадян, однак аналіз відповідних конституційних приписів, положень законодавства про пенсійне забезпечення в Україні дає підстави для висновку, що пенсія — це не дохід, а один із видів соціальних виплат у розумінні ст. 46 Конституції України (п.п. 4.5 п. 4 мотивувальної частини рішення).

Крім того, КСУ дійшов висновку, що передбачене оспорюваним положенням Кодексу оподаткування

щомісячного довічного грошового утримання суддів зменшує його розмір та знижує досягнутий рівень гарантій незалежності суддів (п. 5 мотивувальної частини рішення).

Враховуючи викладене, КСУ визнав таким, що не відповідає Конституції України (**є неконституційним**), положення абз. 1 п.п. 164.2.19 п. 164.2 ст. 164 ПК, яким передбачено, що до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку включаються суми пенсій (включаючи суму їх індексації, нараховану відповідно до закону) або щомісячного довічного грошового утримання, отримуваних платником податку з Пенсійного фонду України чи бюджету згідно із законом, якщо їх розмір перевищує десять розмірів прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність (у розрахунку на місяць), встановленого на 1 січня звітного податкового року, — у частині такого перевищення, а також пенсій з іноземних джерел, якщо згідно з міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, такі пенсії підлягають оподаткуванню чи не оподатковуються в країні їх виплати (п. 1 резолютивної частини рішення).

До наведеного рішення КСУ також додано низку окремих думок суддів КСУ М. І. Мельника, М. П. Запорожця, І. Д. Сліденка, з текстом яких можна ознайомитися на офіційному веб-сайті КСУ.

5. КСУ ухвалив рішення від 28.02.18 р. № 2-р/2018 у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засади державної мовної політики»¹³.

Автори клопотання зазначають, що положення ст. 7, 8, 11 — 15, 18, 25, 27 Закону суперечать положенням ч. 1 ст. 8, ч. 1, 2, 3 ст. 10, ст. 11, ч. 2, 3 ст. 22, ч. 1, 2 ст. 24, п. 4 ч. 1 ст. 92 Конституції України. Суб'єкт права на конституційне подання вважає, що названі положення Закону створюють умови для домінування регіональної мови над державною мовою, вибіркового захисту регіональних мов або мов меншин, надають привілеї одним мовним групам (національним меншинам) та обмежують права інших, що має ознаки дискримінації та порушує принцип рівності громадян перед законом, а також не відповідають принципу

¹³ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-18>.



правової визначеності — складовій верховенства права, надають право місцевим радам вирішувати питання щодо застосування заходів, спрямованих на використання регіональних мов або мов меншин (п.п. 4.5 п. 4 мотивувальної частини рішення).

Автори клопотання також зазначали, що під час голосування за проект Закону № 9073 на засіданні ВРУ були відсутні народні депутати України, чиї голоси було враховано при голосуванні за проект Закону № 9073.

У своєму рішенні КСУ наголосив, що особисте голосування народного депутата України означає його безпосереднє волевиявлення з питань, які розглядаються парламентом. Незалежно від способу ухвалення рішень парламентом особисте голосування народного депутата України передбачає його особисту участь у процесі голосування та дотримання ним встановлених Конституцією України вимог щодо розпорядження народним депутатом України лише своїм правом голосу, заборони його делегувати, а також заборони примусу до передачі цього права. Недотримання вказаних вимог суперечить природі представницького мандата народного депутата України, який є представником Українського народу у ВРУ, і принципу рівності статусу народних депутатів України (п. 2 мотивувальної частини рішення).

Процедура розгляду та ухвалення парламентом законопроектів, розгляд пропозицій до законопроектів повинні ґрунтуватися на принципах, визначених Конституцією України. Недотримання цих принципів або нехтування ними порушує демократичні вимоги щодо конституційної процедури розгляду та ухвалення законопроектів, а також ставить під сумнів легітимність прийнятих законів (п.п. 2.1 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Аналіз матеріалів справи дав можливість КСУ дійти висновку, що порушення конституційної процедури розгляду та ухвалення проекту Закону № 9073 під час його прийняття в цілому на вечірньому пленарному засіданні ВРУ 03.07.12 р. мали системний характер та істотно вплинули на остаточний результат прийняття Закону (п. 4 мотивувальної частини рішення).

Крім того, суб'єкт права на конституційне подання обґрунтовував неконституційність Закону не тільки порушенням конституційної процедури його розгляду

та ухвалення, а й невідповідністю Конституції України змісту Закону. Однак дотримання встановленої Конституцією України процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності законами є однією з умов легітимності законодавчого процесу, у випадку її порушення конституційному контролю підлягає не зміст закону, а встановлена Конституцією України процедура його розгляду та ухвалення (п. 5 мотивувальної частини рішення).

Викладене стало підставою для визнання таким, що не відповідає Конституції України (**є неконституційним**), Закону України «Про засади державної мовної політики» від 03.07.12 р. № 5029, зі змінами, та який втратив чинність з дня ухвалення КСУ цього рішення (п. 1, 2 резолютивної частини рішення).

Зазначене рішення також супроводжується низкою окремих думок суддів КСУ В. В. Городовенка, М. М. Гультая, О. М. Литвинова, М. І. Мельника, В. Р. Мойсика, С. В. Саса, І. Д. Сліденка, Н. К. Шаптали, з текстом яких можна ознайомитися на офіційному веб-сайті КСУ.

6. КСУ ухвалив рішення¹⁴ від 24.04.18 р. № 3-р/2018 у справі за конституційним поданням Уповноваженого ВРУ з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) ч. 6 ст. 216 КПК, яким визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), ч. 6 ст. 216 Кодексу, згідно з якою «слідчі органів Державної кримінально-виконавчої служби України здійснюють досудове розслідування злочинів, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України».

У наведеному рішенні КСУ зазначив, зокрема, що аналіз ст. 27, 28 Основного Закону України у системному зв'язку з його ст. 3, наведених юридичних позицій КСУ дає підстави стверджувати, що у ст. 27, 28 Конституції України інституціалізовано не лише негативний обов'язок держави утримуватися від діянь, які посягали б на права людини на життя та повагу до її гідності, а й позитивний обов'язок держави, який полягає, зокрема, в забезпеченні належної системи національного захисту конституційних прав людини шляхом розроблення відповідного нормативно-правового регулювання; впровадженні ефективної системи захисту життя, здоров'я та гідності людини; ство-

¹⁴ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18>.

ренні умов для реалізації людиною її фундаментальних прав і свобод; гарантуванні порядку відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушень конституційних прав людини; забезпеченні невідворотності відповідальності за порушення конституційних прав людини.

КСУ вважає, що позитивний обов'язок держави ґрунтовно впровадження належної системи захисту життя, здоров'я та гідності людини передбачає забезпечення *ефективного розслідування* фактів позбавлення життя та неналежного поводження, у тому числі й щодо осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі під повним контролем держави. Ефективність такого розслідування вимірюється його повнотою, всебічністю, оперативністю, незалежністю тощо. Незалежність розслідування порушень прав людини на життя та повагу до її гідності у місцях позбавлення волі означає, зокрема, те, що з погляду безстороннього спостерігача не має існувати жодних сумнівів щодо інституційної (ієрархічної) незалежності державного органу (його службових осіб), уповноваженого здійснювати офіційне розслідування таких порушень. У цьому аспекті не може бути досягнуто незалежності розслідування, якщо компетентний державний орган (його службові особи) інституційно залежить від органу (його службових осіб), якому підпорядковано систему місць позбавлення волі та який несе відповідальність за її функціонування.

Таким чином, на підставі ч. 1, 2 ст. 27, ч. 1, 2 ст. 28 Конституції України у системному зв'язку з її ст. 3 держава повинна впроваджувати законодавство, яке забезпечувало б здійснення ефективного розслідування за заявами, повідомленнями про порушення конституційних прав людини на життя та повагу до її гідності у місцях позбавлення волі компетентним державним органом (його службовими особами), що не перебуває в інституційній або ієрархічній залежності від державного органу (його службових осіб), якому підпорядковано систему місць позбавлення волі та який несе відповідальність за її функціонування (п.п. 2.1 п. 2 мотивувальної частини рішення).

КСУ зауважив, що він також враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдик-

цію яких визнала Україна. У зв'язку з цим КСУ зазначив, що розслідування неналежного поводження з боку уповноважених державою осіб вважатиметься ефективним за дотримання такого загального принципу: особи — і ті, які здійснюють перевірки, і ті, які здійснюють розслідування, — повинні бути незалежними ієрархічно та інституційно від будь-кого, хто причетний до подій у справі; тобто слідчі мають бути незалежними на практиці (п. 260 рішення ЄСПЛ у справі «Карабет та інші проти України» від 17.01.13 р.) (п.п. 2.2 п. 2 мотивувальної частини рішення).

КСУ констатував, що встановлена ч. 6 ст. 216 Кодексу підслідність злочинів, учинених на території або в приміщеннях Служби, у взаємозв'язку з відповідним нормативно-правовим регулюванням щодо функціонування слідчих органів Служби не здатна забезпечити здійснення ефективного розслідування порушень конституційних прав людини на життя та повагу до її гідності, що унеможливорює виконання державою її головного конституційного обов'язку — утвердження і забезпечення прав і свобод людини (п.п. 2.3 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Разом з тим відповідно до п. 3 мотивувальної частини рішення КСУ, встановивши невідповідність Конституції України (неконституційність) ч. 6 ст. 216 Кодексу, вважав за доцільне відтермінувати втрату цієї нормою чинності на три місяці з дня ухвалення ним рішення про її неконституційність.

Зазначене рішення також супроводжується окремими думками суддів КСУ М. І. Мельника та І. Д. Сліденка, з текстом яких можна ознайомитися на офіційному веб-сайті КСУ.

7. КСУ своїм рішенням¹⁵ від 26.04.18 р. № 4-р/2018 у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» визнав таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), Закон України від 06.11.12 р. № 5475 «Про всеукраїнський референдум»¹⁶, зі змінами, та який втратив чинність з дня ухвалення КСУ цього рішення.

КСУ, вирішуючи порушені в конституційному поданні питання, виходив із того, що застосовними

¹⁵ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18>.

¹⁶ Далі за текстом — Закон № 5475.



у цій справі є принцип верховенства права, відповідно до якого «Конституція України має найвищу юридичну силу» (ч. 2 ст. 8 Основного Закону України), а також принцип поділу влади, згідно з яким «органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України» (ч. 2 ст. 6 Конституції України).

На підставі зазначених принципів КСУ наголосив, що ВРУ, здійснюючи законодавче регулювання суспільних відносин, зобов'язана забезпечити верховенство Конституції України (п. 5 мотивувальної частини рішення).

Також КСУ встановив, що ухвалення актів ВРУ на її пленарних засіданнях, у тому числі законів, має здійснюватися шляхом особистого голосування народними депутатами України. Ця конституційна вимога впливає також із тексту присяги народного депутата України та обумовлена представницькою природою депутатського мандата (п. 9 мотивувальної частини рішення), а закони, постанови та інші акти на пленарному засіданні ВРУ ухвалює більшістю від її конституційного складу за умови, якщо за них особисто проголосували не менше 226 народних депутатів України, крім випадків, передбачених Конституцією України (п. 10 мотивувальної частини рішення).

Разом з тим КСУ дійшов висновку, що ВРУ не дотримала встановленої конституційної процедури розгляду і ухвалення Закону № 5475, про що свідчить те, що Законопроект № 6278 *не було розглянуто на засіданні відповідного комітету ВРУ*, а також те, що *частиною народних депутатів України було порушено вимогу щодо особистого голосування* (п. 13 мотивувальної частини рішення).

Враховуючи наведену у вищезгаданому рішенні КСУ від 28.02.18 р. № 2-р/2018 юридичну позицію щодо *необхідності дотримання конституційної процедури розгляду й ухвалення закону України*, КСУ вважав, що системний, грубий характер порушення конституційної процедури розгляду й ухвалення нормативного акта, а також істотний вплив цього порушення на остаточний результат його ухвалення є підставою для визнання цього акта неконституційним.

У цій справі КСУ зазначив, що вказані порушення конституційної процедури розгляду й ухвалення Закону № 5475 є достатніми для висновку про істотний вплив цих порушень на остаточний результат його

ухвалення. Однак, зважаючи на мету Закону № 5475, КСУ дійшов висновку *щодо потреби його перевірки на відповідність Конституції України також із огляду на його зміст* (п. 14 мотивувальної частини рішення).

У вказаних нормах Закону № 5475 ідеться про законодавче регулювання відносин, предмет яких охоплено нормами ст. 154 — 159 розд. XIII Конституції України. КСУ звертає увагу на положення Закону № 5475, згідно з якими всеукраїнський референдум з указаних питань здійснюється «у порядку, який визначений цим Законом» (ч. 2 ст. 15), незважаючи на те, що відповідний порядок безпосередньо встановлено нормами наведених статей розд. XIII Конституції України, який має назву «Внесення змін до Конституції України». Інші норми Закону № 5475 встановлюють механізми проведення всеукраїнського референдуму.

З наведеного випливає, що ВРУ на рівні звичайного закону врегулювала ті відносини, що є предметом регулювання Конституції України (п. 16 мотивувальної частини рішення).

КСУ враховував, що створення законодавчого механізму внесення змін до Конституції України, який не відповідає порядку, установленому нормами розд. XIII «Внесення змін до Конституції України» Конституції України, крім іншого, спричиняє обмеження конституційних повноважень парламенту щодо внесення змін до Конституції України (п. 22 мотивувальної частини рішення).

Також відповідні положення Закону № 5475 істотно обмежують повноваження КСУ щодо здійснення ним превентивного конституційного контролю, передбаченого Конституцією України (п. 23 мотивувальної частини рішення).

Таким чином, на підставі наведеного, виявивши порушення визначеної Конституцією України процедури розгляду і ухвалення Закону № 5475, встановивши нелегітимність його мети та невідповідність його положень вимогам Конституції України, КСУ дійшов висновку, що Закон № 5475 повністю суперечить Конституції України (п. 25 мотивувальної частини рішення).

Зазначене рішення також супроводжується низкою окремих думок суддів КСУ М. М. Гулята, В. П. Колісника, О. М. Литвинова, М. І. Мельника, С. В. Саса, І. Д. Сліденка, з текстом яких можна ознайомитися на офіційному веб-сайті КСУ.

8. Рішенням¹⁷ КСУ від 22.05.18 р. № 5-р/2018 у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) п. 12 розд. I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28.12.14 р. № 76, визнано такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), пп. 1, 2 п. 12 розд. I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28.12.14 р. № 76 (п. 1 резолютивної частини рішення). Наведеними законодавчими змінами було скасовано й обмежено низку медичних, транспортних, телекомунікаційних і житлово-комунальних пільг для ветеранів праці та осіб, які мають «особливі трудові заслуги перед Батьківщиною».

Обґрунтовуючи свою позицію, КСУ зазначив, що пільги, скасовані й обмежені положеннями пп. 1, 2 п. 12 розд. I Закону № 76, є елементом спеціального юридичного статусу ветеранів праці та осіб, які мають «особливі трудові заслуги перед Батьківщиною», формою винагороди за їх трудові заслуги («особливі трудові заслуги перед Батьківщиною») та надають їм особливі можливості юридичного характеру. Ці пільги не пов'язані з соціальними ризиками, про які йдеться у ч. 1 ст. 46 Конституції України, і не спрямовані на забезпечення мінімальних вимог існування в умовах, гідних людини, а мають характер преференцій, які надає держава ветеранам праці та особам, які мають «особливі трудові заслуги перед Батьківщиною».

Отже, ВРУ виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей держави та з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства має змогу запроваджувати, змінювати, скасовувати або поновлювати такі пільги, оскільки вони не мають фундаментального характеру, а отже, не можуть розглядатися як конституційні права, свободи та гарантії їх реалізації. У цьому аспекті КСУ наголосив, що заборона звужувати зміст та обсяг існуючих прав і свобод, про яку йдеться у ч. 3 ст. 22 Конституції України, стосується саме існуючих конституційних прав і свобод, а не медичних, транспортних, телекомунікаційних і житлово-комунальних пільг, зокрема скасованих і обмежених положеннями пп. 1, 2 п. 12

розд. I Закону № 76, для ветеранів праці та осіб, які мають «особливі трудові заслуги перед Батьківщиною».

Таким чином, скасування та обмеження на підставі Закону № 76 зазначених пільг для ветеранів праці та осіб, які мають «особливі трудові заслуги перед Батьківщиною», жодним чином не мають наслідком скасування чи звуження змісту та обсягу їх існуючих конституційних прав і свобод, зокрема прав на соціальний захист і достатній життєвий рівень, які закріплені у ст. 46, 48 Основного Закону України (п. 3 мотивувальної частини рішення).

Разом з тим КСУ доволі ретельно проаналізував зміст положень ч. 3 ст. 22 Конституції України, відповідно до яких при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

КСУ нагадав, що вже здійснював тлумачення зазначених конституційних положень, а також сформулював юридичну позицію, за якою *«зміст прав і свобод людини»* — це умови і засоби, які визначають матеріальні та духовні можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування і розвитку. *«Обсяг прав людини»* — це кількісні показники відповідних можливостей, які характеризують його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву та виражені у певних одиницях виміру. *Звуження змісту прав і свобод* означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. *Звуження обсягу прав і свобод* — це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики (абз. 5, 6 п. 4 мотивувальної частини рішення від 11.10.05 р. № 8-рп/2005).

Крім того, КСУ вказав, що *скасування конституційних прав і свобод* — це їх офіційна (юридична або фактична) ліквідація; *звуження змісту та обсягу прав і свобод* є їх обмеженням (абз. 4 п.п. 5.2 п. 5 мотивувальної частини рішення від 22.09.05 р. № 5-рп/2005).

Звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини є їх обмеженням. ВРУ повноважна ухвалювати закони, що встановлюють обмеження, відповідно до таких критеріїв:

¹⁷ Рішення КСУ за посиланням — URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18>.



«обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідуючи легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права» (абз. 3 п.п. 2.1 п. 2 мотивувальної частини рішення КСУ від 01.06.16 р. № 2-рп/2016).

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються права і свободи людини, гарантії цих прав і свобод. Але, визначаючи їх, законодавець може лише розширювати, а не звужувати зміст конституційних прав і свобод та встановлювати механізми їх здійснення.

Отже, положення ч. 3 ст. 22 Конституції України необхідно розуміти так, що при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності (п.п. 2.2 п. 2 мотивувальної частини рішення).

Разом з тим цим рішенням КСУ визнав таким, що не відповідає Конституції України (**є неконституційним**), п.п. 3 п. 12 розд. I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28.12.14 р. № 76, яким було виключено ст. 21 Закону № 3721 (п. 2 резолютивної частини рішення).

До внесення змін Законом № 76 ст. 21 Закону № 3721 було передбачено, що особам, трудовий договір з якими розірвано за півтора року до досягнення пенсійного віку, встановленого ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», або віку, що дає право на призначення пенсії відповідно до законів України «Про державну службу», «Про статус народного депутата України», «Про прокуратуру», «Про наукову і науково-технічну діяльність» (за наявності відповідних умов), з ініціативи власника або уповноваженого ним органу у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці, в тому числі ліквідацією, реоргані-

зацією, перепрофілюванням підприємств, установ та організацій, скороченням чисельності або штату працівників, а також виявленою невідповідністю працівника займаній посаді за станом здоров'я, гарантується право на достроковий вихід на пенсію за півтора року до встановленого законодавством строку, якщо вони мають страховий стаж, необхідний для призначення пенсії за віком у мінімальному розмірі, передбачений абз. 1 ч. 1 ст. 28 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (ч. 1); виплата пенсій особам, звільненим у зв'язку з виявленою невідповідністю працівника займаній посаді за станом здоров'я, зазначеним у частині першій цієї статті, здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України до досягнення ними пенсійного віку (ч. 2).

КСУ дійшов висновку, що право на достроковий вихід на пенсію, яке мали громадяни похилого віку на підставі ст. 21 Закону № 3721 до внесення змін Законом № 76, було гарантією ефективної реалізації конституційних прав громадян, закріплених у ст. 46, 48 Основного Закону України.

У зв'язку з цим КСУ вирішив перевірити припис п.п. 3 п. 12 розд. I Закону № 76 на відповідність конституційним принципам, насамперед принципу верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України).

КСУ в абз. 2 п.п. 4.1 п. 4 мотивувальної частини рішення від 02.11.04 р. № 15-рп/2004 вказав, що «верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо».

Згідно з юридичними позиціями КСУ «одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями» (абз. 3 п.п. 3.1 п. 3 мотивувальної частини рішення від 29.06.10 р. № 17-рп/2010); «принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності» (абз. 6 п.п. 2.1 п. 2 мотивувальної частини рішення від 20.12.17 р. № 2-рп/2017).

На думку КСУ, особи розраховують на стабільність та усталеність юридичного регулювання, тому часті та непередбачувані зміни законодавства перешкоджають ефективній реалізації ними прав і свобод, а також підривають довіру до органів державної влади, їх посадових і службових осіб. Однак очікування осіб не можуть впливати на внесення змін до законів та інших нормативно-правових актів.

КСУ наголосив, що принцип верховенства права передбачає внесення законодавчих змін із визначенням певного перехідного періоду (розумного часового проміжку між офіційним оприлюдненням закону і набранням ним чинності), який дасть особам час для адаптації до нових обставин. Тривалість перехідного періоду при зміні правового регулювання суспільних відносин має визначати законодавець у кожній конкретній ситуації з урахуванням таких критеріїв: мети закону в межах правової системи і характеру суспільних відносин, що ним регулюються; кола осіб, до яких застосовуватиметься

закон, і їх здатності підготуватися до набрання ним (його новими положеннями) чинності; інших важливих обставин, зокрема тих, що визначають час, необхідний для набрання чинності таким законом.

Зважаючи на викладене, КСУ констатував, що перехідний період між оприлюдненням Закону № 76 та набранням чинності п.п. 3 п. 12 його розд. I (менше одного дня) був явно не достатнім для того, щоб суб'єкти права змогли адаптуватися до законодавчих новел та скоригувати свої дії для реалізації права на достроковий вихід на пенсію. У такий спосіб парламент знівелював сутність такого елемента конституційного принципу верховенства права, як юридична визначеність.

Таким чином, КСУ дійшов висновку, що п.п. 3 п. 12 розд. I Закону № 76 не відповідає ч. 1 ст. 8 Конституції України (п.п. 4.2 п. 4 мотивувальної частини рішення).

До цього рішення додано окрему думку судді О. В. Касмініна.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо визначення юрисдикції у спорах з органами ДАБК

Велика палата Верховного Суду на засіданні 16.05.18 р. розглянула касаційну скаргу у справі № 522/5487/17, провадження № 11-373апп18, Управління державного архітектурно-будівельного контролю¹ Одеської міської ради у справі за адміністративним позовом про зобов'язання привести житловий будинок у первісний стан.

ВС висловив наступну правову позицію. Частиною 3 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України² передбачено, що провадження в адміністративних справах здійснюється відповідно до закону, чинного на час вчинення окремої процесуальної дії, розгляду і вирішення справи. Завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень³.

Відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи протягом розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом. ЄСПЛ у рішенні від 20.07.06 р. у справі «Сокурєнко і Стригун проти України» вказав, що фраза «встановленого законом» поширюється не лише на правову основу самого існування «суду», але й дотримання таким судом певних норм, які регулюють його діяльність. У рішенні у справі «Занд проти Австрії» висловлено думку, що термін «судом, встановленим законом» у ст. 6 Конвенції передбачає «усю організаційну структуру судів, включно з питаннями, що належать до юрисдикції певних категорій судів».

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 19 КАС юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публіч-

но-правових спорах фізичних чи юридичних осіб із СВП щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи індивідуальних актів), дій чи бездіяльності, крім випадків, коли для розгляду таких спорів законом встановлено інший порядок судового провадження. Таким чином, визначальним критерієм віднесення справи до справ адміністративної юрисдикції є наявність стороною у справі СВП та виконання ним у спірних відносинах управлінських функцій.

Водночас за приписами п. 7 ч. 1 ст. 4 КАС СВП є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг.

Відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону України від 20.05.99 р. № 687 «Про архітектурну діяльність» для забезпечення під час забудови територій, розміщення і будівництва об'єктів архітектури, додержання суб'єктами архітектурної діяльності затвердженої містобудівної та іншої проектно-документації, вимог вихідних даних, а також з метою захисту державою прав споживачів будівельної продукції здійснюється в установленому законодавством порядку державний архітектурно-будівельний контроль та нагляд.

Частиною 3 ст. 6 Закону України від 17.02.11 р. № 3038 «Про регулювання містобудівної діяльності»⁴ визначені органи архітектурно-будівельного контролю, до яких належать, зокрема, виконавчі органи з питань державного архітектурно-будівельного контролю сільських, селищних, міських рад.

Згідно з підп. 1 п. «б» ч. 1 ст. 31 Закону України від 21.05.97 р. № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні» виконавчим органам міських рад

¹ Далі за текстом — ДАБК.

² Далі за текстом — КАС (у редакції Закону № 2147).

³ Далі за текстом — СВП.

⁴ Далі за текстом — Закон № 3038.



делеговано повноваження у галузі будівництва, а саме: надання (отримання, реєстрація) документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт, здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів у випадках та відповідно до вимог, встановлених Законом України «Про регулювання містобудівної діяльності».

Системний аналіз наведених норм дає підстави для висновку, що Управління ДАБК є СВП, оскільки здійснює делеговані повноваження, а тому юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи за участю виконавчих органів з питань державного архітектурно-будівельного контролю сільських, селищних, міських рад, які виникають під час виконання повноважень у сфері державного архітектурно-будівельного контролю.

Зі змісту ч. 4 ст. 5 КАС вбачається, що до компетенції адміністративних судів належать спори за зверненням СВП, в яких одночасно можуть бути відповідачами фізичні особи в чітко визначених законами України випадках.

За змістом ст. 41 Закону № 3038 державний архітектурно-будівельний контроль — це сукупність заходів, спрямованих на дотримання замовниками, проектувальниками, підрядниками та експертними організаціями вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм, стандартів і правил під час виконання підготовчих та будівельних робіт. Такий контроль здійснюється органами ДАБК в порядку, встановленому КМУ. Він здійснюється на об'єктах будівництва у порядку проведення планових та позапланових перевірок за територіальним принципом. Позаплановою перевіркою вважається перевірка, що не передбачена планом роботи органу ДАБК. Підставами для проведення позапланової перевірки є, зокрема, виявлення факту самочинного будівництва об'єкта.

Згідно з ч. 1 ст. 38 Закону № 3038 у разі виявлення факту самочинного будівництва об'єкта перебудова якого з метою усунення істотного відхилення від проекту або усунення порушень законних прав та інтересів інших осіб, істотного порушення будівельних норм є неможливою, посадова особа органу ДАБК видає особі, яка здійснила (здійснює) таке будівництво, припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм, державних стандартів і правил з визначенням строку

для добровільного виконання припису. У разі якщо особа в установленний строк добровільно не виконала вимоги, встановлені у приписі, орган ДАБК подає позов до суду про знесення самочинно збудованого об'єкта та компенсацію витрат, пов'язаних з таким знесенням.

Проаналізувавши зміст ч. 1 ст. 38 та п. 3 ч. 4 ст. 41 Закону № 3038, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що орган ДАБК у разі виявлення факту самочинного будівництва об'єкта, перебудова якого з метою усунення істотного відхилення від проекту або усунення порушень законних прав та інтересів інших осіб, істотного порушення будівельних норм є неможливою, уповноважений видати припис про усунення порушень, у тому числі шляхом знесення самочинно збудованого об'єкта. Цей припис є обов'язковою передумовою для можливості контролюючого органу на звернення до суду на підставі ч. 1 ст. 38 вказаного Закону у зв'язку з його невиконанням. І, враховуючи положення ч. 4 ст. 5 КАС, *такий позов повинен розглядатись в порядку адміністративного судочинства*.

Дії органу ДАБК здійснюються ним як СВП послідовно в чітко визначеному порядку. Зокрема, орган, що наділений контролюючими функціями, видає припис, який є обов'язковим до виконання і може бути оскаржений до суду. Оскільки дії щодо видання припису є публічно-правовими, то і подальше звернення до суду з позовом про знесення самочинно збудованого об'єкта зумовлено правовідносинами публічно-правового характеру й повинно розглядатись у порядку адміністративного судочинства.

Звертаючись до суду з позовом про знесення об'єкту самочинного будівництва і мотивуючи такий позов порушеннями архітектурних, містобудівних, пожежних, санітарних або інших подібних норм і правил, СВП діє не з метою захисту своїх приватних прав та інтересів, а з метою захисту прав та інтересів громади або невизначеного кола осіб від можливих порушень їхніх прав та з метою запобігання можливих суспільно значимих несприятливих наслідків порушення відповідних норм і правил.

Таким чином, ВС вважає, що спори, які виникають за участю СВП з метою реалізації у спірних відносинах наданих йому законодавством владних управлінських функцій, є публічно-правовими. За таких обставин висновки судів першої та апеляційної інстанцій, що цей



спір підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства, є помилковими та не відповідають фактичним обставинам справи.

Разом з тим 15.11.16 р. ВСУ прийняв постанову у справі № 21-1959а16, в якій дійшов висновку, що за змістом ст. 177 Цивільного кодексу України⁵ об'єкти самочинного будівництва належать до об'єктів цивільних прав, а тому спори за позовами органів ДАБК про зобов'язання знесення самочинного будівництва підлягають розгляду в порядку цивільного або господарського судочинства, оскільки такі спори не стосуються захисту прав, свобод та інтересів у сфері публічно-правових відносин, а пов'язані з вирішенням питань щодо речових прав.

ВС не погоджується із такою правовою позицією і вважає за необхідне відступити від висновку ВСУ в цій категорії справ з огляду на таке.

Об'єктами цивільних прав відповідно до ст. 177 ЦК є речі. Річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Речі поділяються на рухомі та нерухомі. До нерухомих речей належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення (ст. 179, 181 ЦК).

За приписами ст. 182 ЦК, право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Статтею 331 ЦК передбачено, що право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. Якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

Таким чином, для того, щоб новостворене майно стало об'єктом цивільно-правових відносин, потрібно

виконання трьох умов: 1) завершення будівництва; 2) прийняття до експлуатації; 3) державна реєстрація. Поки ці умови не виконано, особа вважається лише власником матеріалів, обладнання тощо, яке було використано у процесі цього будівництва (створення майна) (ч. 3 ст. 331 ЦК).

Відповідно до ст. 376 ЦК самочинним вважається будівництво житлового будинку, будівлі, споруди, іншого нерухомого майна, якщо вони збудовані (будуються) на земельній ділянці, що не була відведена особі, яка здійснює будівництво; або відведена не для цієї мети; або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи належно затвердженого проекту; або з істотним порушенням будівельних норм і правил.

Вимоги особи, яка самочинно збудувала нерухоме майно, або заінтересованої особи, що не пов'язана з правом власності на ці будівлі, зокрема, про визнання права на матеріали, одержані при їх знесенні, підлягають розгляду судами на загальних підставах.

Отже, самочинне будівництво не можна віднести до об'єктів цивільних прав, і норми щодо захисту цих цивільних прав на об'єкти самочинного будівництва не поширюються.

Зважаючи на викладене, ВС дійшов висновку, що спір, який є предметом цього розгляду, не пов'язаний з вирішенням питання щодо речового права, а є публічно-правовим, оскільки виник за участю СВП, який реалізовував у спірних правовідносинах надані йому чинним законодавством владні управлінські функції стосовно виявлення факту самочинного будівництва та усунення порушень шляхом приведення до первинного стану житлового будинку. Справа за позовом такого суб'єкта належить до компетенції адміністративних судів.

Аналогічна правова позиція викладена в постанові ВС від 11.04.18 р. у справі № 161/14920/16-а.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74266161>.

⁵ Далі за текстом — ЦК.



АДВОКАТ ОЛЕКСАНДР КОНИСЬКИЙ — АВТОР ДУХОВНОГО ГІМНУ УКРАЇНИ



133 роки тому вперше прозвучав твір-молитва «Боже великий, єдиний», авторами якого стали адвокат, письменник і перекладач Олександр Кониський та композитор Микола Лисенко. Твір увійшов у репертуар численних українських хорових колективів і відомий як «Молитва за Україну». Особливого символічного значення «Молитва» набула в час творення української державності у 1917 — 1921 рр. Сьогодні твір визнаний духовним гімном України і вшановується на рівні з державним. Повертаємо для адвокатської спільноти із забуття ім'я адвоката та письменника Олександра Кониського — одного з провідних українських громадських діячів, письменника, публіциста, відомого в історії української літератури під псевдонімами О. Верниволя, Ф. Горovenko, О. Перебендя, Полтавець та ін.

Адвокатура завжди об'єднувала кращих і потужніших інтелектуалів доби, які, поряд з професійною діяльністю, добивалися не менших успіхів як літератори, науковці, подвижники політичного, громадського та культурного життя народу.

Прикладом цьому є ім'я українського адвоката, перекладача, письменника, видавця — Олександра Яковича Кониського. Воно мало відоме сучаснику, хоча і в професійній, і в будь-якій іншій сфері його особистість може бути прикладом для наслідування, взірцем побудови власного шляху професійної кар'єри та самореалізації у громадському русі.

Народився Олександр Якович 18 серпня 1836 р. на хуторі Переходівці Борзнянського повіту Чернігівської губернії (нині село у Ніжинському районі Чернігівської області) у родині збобілого поміщика. Семилітнім хлопчик залишився без батька. Навчався у Ніжинському повітовому училищі та Чернігівській гімназії. Брак коштів та захворювання очей не дозволили юнакові здобути вищу освіту у Ніжинському юридичному ліцеї.

Юридичну діяльність О. Кониський розпочав 1854 р. з державної служби колезьким реєстратором спочатку в Прилуках, а потім у Кримінальній палаті у Полтаві. Згодом здав екстерном іспити на кандидата права, а після реформи 1861 р. розпочав адвокатську практику та опублікував у газеті «Московские ведомости» статтю на професійну тему — «Судебные следователи в Полтавской губернии».

У 60-ті рр. XIX століття, ознаменовані суспільним піднесенням, Олександр Кониський став активним громадським діячем, членом полтавської Громади, яка мала культурницьке спрямування. Будучи лібералом-народником, твердо переконаним у силі освіти і українського шкільництва на національних засадах, він брав активну участь у заснуванні недільних шкіл. Як член Петербурзького товариства грамотності О. Кониський у своїх зверненнях до урядових установ обстоював ідею національної школи, потребу початкового навчання рідною мовою, організував поширення популярної літератури. У 1862 р. у себе на квартирі він відкрив народну книгарню і став її громадським бібліотекарем.

З 1861 р. Олександр Якович став постійним кореспондентом першого часопису Громади «Основа», в якому під псевдонімом «Переходовець» публікував свої статті з аналізом стану народної освіти та шкільництва. У 1862 р. у Полтаві він видав підручник для початкової школи «Українські прописи», а наступного року завдяки М. Костомарову побачила світ «Арифметика або щотниця для українських шкіл». Підготовлені О. Кониським підручники з географії, історії, правознавства не були допущені до друку цензурою.

У січні 1863 р. був Олександр Якович був заарештований як представник громадсько-культурного руху «за прагнення поширення малоросійської пропаганди» і висланий до Вологди, а далі — до Тотьми. Однак



не полишив громадських інтересів, підтримував зв'язки з діячами національного руху на Наддніпрянщині та в Галичині. У 1865 р. за спеціальним урядовим дозволом О. Кониський здійснив подорож до Львова та Німеччини для лікування очей. Наступного року він повернувся в Україну і отримав дозвіл оселитися в Катеринославі під гласним поліцейським наглядом та займатися адвокатурою. Шестирічний катеринославський період адвоката Кониського виявився достатньо успішним у професійному плані, забезпечивши йому матеріальний достаток. А про те, що у своїй адвокатській практиці він не зраджував принципам рівності та соціальної справедливості, свідчать численні тогочасні публікації. «Працюючи для себе і для своїх клієнтів як адвокат, Кониський ані на хвилю не забував і про вищий обов'язок — працювати для всього українського народу для його духовного відродження і піддвиження <...> А щонайбільше, яко адвокат, він познайомився з великою силою людей по різних сторонах України, і всюди своїм живим словом старався піднімати віру в живучість рідного народу, в його кращу будущину та будити охоту до праці <...>», — так описав Іван Франко катеринославський період діяльності адвоката у своїй розвідці «Про життя і діяльність Олександра Кониського»¹.

Протягом 1869 — 1873 рр. Олександр Якович опублікував близько 15 статей з питань цивільного процесу у фаховому журналі «Судебный вестник». Сучасний дослідник правових поглядів діяча Олексій Александров, проаналізувавши публікації адвоката, узагальнив, що оцінюючи судову реформу 1864 р., Кониський вважав, що перетворення державних і громадських установ Росії були зумовлені насамперед суспільними потребами. Негативно ставлячись до залишків феодально-кріпацького судочинства, юрист помічав обмеженість і нової реформи. Серед її недоліків називав, насамперед, те, що на практиці не завжди виконувалися демократичні принципи судочинства: верховенство закону, гласності, соціальної справедливості, швидкості, ігнорування мировими суддями звичаєвого права в судових процесах. Адвокат-практик Кониський привертав увагу широкої громадськості і правової думки до розв'язання питань,

пов'язаних із професійним освітнім підбором суддів, із діяльністю інституту присяжних, пропонував шляхи їх розв'язання. Порушені О. Кониським питання були гостро актуальними на той час².

Розквіт громадської, літературної та наукової діяльності О. Кониського припадає на період після 1872 р., коли поліцейський нагляд було знято і він переїхав до Києва, де прожив до кінця життя. Кониський став одним з найактивніших членів київської Старої Громади, був її ідейним натхненником, активно працював у редакції громадської газети «Киевский телеграф», постійно публікувався на шпальтах російської ліберальної преси («Вестник Европы», «Русская мысль»). У 1878 р. Олександр Якович був обраний членом Київської міської думи. Він звертався до міністра освіти щодо скасування Емського указу 1876 р. і відновлення прав української мови. Велику увагу О. Кониський звертав на належне юридичне визначення та чітке законодавче закріплення принципу національної мови в судочинстві. Будь-яке обмеження прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, обумовлене незнанням ними мови, якою проводиться судочинство, і незабезпечення цим особам можливості користуватися в кожній стадії процесу рідною мовою, за його переконанням, є суттєвим порушенням кримінального процесу.

Розуміючи труднощі для українського книговидання на Наддніпрянщині через постійні утиски і переслідування, О. Кониський був ініціатором перенесення центру українського руху до Галичини. За його участі та матеріальної допомоги у Львові було відновлено випуск літературно-наукового часопису «Правда», започатковано літературний двотижневик «Зоря».

Олександр Якович був одним із засновників Товариства імені Т. Шевченка у Львові (1873), а пізніше ініціатором його перетворення на Наукове товариство імені Т. Шевченка (1892) за зразком західноєвропейських наукових установ, яке мало стати основою для української Академії наук. На кошти, надані О. Кониським разом з Є. Милорадович, П. Кулішем і Д. Пильчиковим, було куплено друкарню; 10 тис. крб. заповів Кониський Товариству після своєї смерті. Також він подарував заснованій ним же у 1893 р. бібліотеці НТШ усю свою цінну книгозбірню.

¹ Франко І. Я. Додаткові томи до зібрання творів у 50-ти томах. К.: Наукова думка. 2010. Т. 54. С. 321 — 322.

² Александров О. В. Погляди Олександра Кониського на судову систему Російської імперії: актуальні аспекти. Юридичний вісник. 2010. Вип. 4 (17). С. 34.



Олександр Кониський помер на 64-му році життя. У «Хроніці НТШ» у рубриці «Померли» скромно записано: «Олександр Кониський, письменник і адвокат, ур. 1836 р., вибраний дійсним членом 1/6 1889 р., помер 11/12 1900 р»³. У некрологах, якими зарясніли шпальти українських видань, було подано узагальнюючі нариси життя та оцінки діяльності адвоката, що засвідчили його непересічну роль у середовищі українських інтелектуалів. Після некрологу у першому номері журналу «Киевская старина» авторства Сергія Єфремова, який вважав Олександра Кониського своїм духовним батьком, укладач першого повного видання «Кобзаря» Василь Доманицький умістив бібліографію праць Кониського, написаних українською мовою. Цей показник зайняв 20 сторінок.

Як професійний адвокат, О. Кониський написав чимало праць з історії звичаєвого права, теорії і практики судочинства, щодо гострих проблем статусу селянства, політичного устрою європейських держав. Багатолітній досвід правника, глибоке знання життя втілилися у багатогранній літературній творчості, яка заслужила суспільне визнання та високу оцінку українських інтелектуалів. Ось як оцінив його літературну творчість Іван Франко: «Між українськими письменниками, що розпочали свою працю вже по смерті Тараса Шевченка, одно з перших місць займає Олександр Кониський <...> Повних 40 літ працював він на ниві нашого рідного слова, будив сонних і письмом, і словом, боровся з найрізнішими противностями, терпів переслідування від російського уряду і докори від власних земляків, та до самої смерті не перестав дбати про одно велике діло — про просвіту рідного народу і про вменшення на світі здирства, кривди та неволі людської»⁴. Значна частина його літературних творів містить у своїй основі юридичні сюжети, викриває негативні явища в діяльності царської адміністрації і суду, висвітлює діяльність

тогочасної адвокатури: «Суддя Гарбуз», «Грішники», «Антін Калина», «Стельмахи», «Народна педагогія», «Козарський ланок», «Сікутор», «Баба Явдоха», «Хвора душа» та ін. Адвокату-письменнику належить цикл оповідань з кримінальної хроніки: «Каторжний», «Тюрма за волю», «Драма в тюрмі», «Чи злочинець, чи ненужний», «Конокрад Іван Дранка». Також відома його казка-пародія на царський суд «Собача правда».

Останні десять років свого життя О. Кониський присвятив переважно науковій діяльності — створенню першої великої біографії Т. Шевченка («Т. Шевченко-Грушівський: хроніка його життя», 1898, 1901) та уточненню хронології творчості Великого Кобзаря. Ця праця, за оцінкою М. Антоновича, зробила Олександра Кониського «фактичним засновником шевченкознавства»⁵. «Хроніка» не втратила свого значення як першоджерело і через сто років з часу, як побачила світ, що засвідчило її перевидання у 1991 р.

Безмежна любов Олександра Яковича до України дійшла до наших днів у створеній ним «Молитві за Україну». Влучні слова Олександра Лотоцького сповна відбивають велич його духу: «Все життя Кониського нероздільно сполучено було з життям України. Я не знав людини, що більше, ніж він, жила життям батьківщини, страждала її горем, була щаслива з її щастя. Можна любити Україну так, як її любив Кониський, — але більш, як він, — любить не можна»⁶.

Титанічна праця адвоката Олександра Кониського протягом усього життя залишається взірцем присвяти своєї професії служінню Вітчизні і народу⁷.

Матеріал підготували Ірина Васирик, к. іст. н., доцент, керівник Центру досліджень адвокатури і права при НААУ та Тарас Андрусак, к. ю. н., доцент, доцент Львівського національного університету ім. І. Франка.

³ Хроніка Наукового товариства імені Шевченка у Львові. 1901. Вип. 1. Ч. 5. С. 21 — 28.

⁴ Франко І. Я. Там само. С. 312.

⁵ Антонович М. Олександр Кониський. 125 років Київської української академічної традиції. 1861—1986 : збірник. Укр. вільна акад. наук у США. ред. Марко Антонович. Нью-Йорк, 1993. С. 181.

⁶ Лотоцький О. Сторінки минулого. Ч. I. Варшава. 1932. С. 175 — 176.

⁷ Додатково див. : Александров О. В. Історико-правовий аналіз діяльності та наукової спадщини Олександра Кониського. Ніжин. ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф». 2007. 188 с.; Гирич І. Б. Батько українського самостійництва. Між наукою і політикою. Історіографічні студії про вчених-концептуалістів. Тернопіль. Навчальна книга. Богдан. 2012. С. 53 — 82; Домбровська Л. Просвітницька діяльність Олександра Кониського. Вісник Книжкової палати. 2012. № 8. С. 1 — 5; Кониський О. Оповідання. Повість. Поетичні твори. К., 1990; Панькова С. М. Заповіти Олександра Кониського. Вісник НТШ. Львів, 2011. С. 26 — 30.