



Тема:

Медійний і політичний компоненти стали домінувати над нормами права в резонансних справах —
Лідія Ізовітова

с. 3

ООН занепокоєна нападами на НААУ та порушеннями прав адвокатів в Україні

с. 6

Внесення альтернативних законопроектів про адвокатуру є логічним кроком для проведення реальної реформи —
резольюція РАУ

с. 8

Новий законопроект про адвокатуру — крок уперед, три кроки назад

с. 9



ЗМІСТ

Новини та події

Медійний і політичний компоненти стали домінувати над нормами права в резонансних справах — Лідія Ізовітова.....	3
РАУ закликала ВРУ утриматися від прийняття законопроекту № 9055.....	5
ООН занепокоєна нападами на НААУ та порушеннями прав адвокатів в Україні.....	6
Відбулося чергове засідання Комітету медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ.....	7
Внесення альтернативних законопроектів про адвокатуру є логічним кроком для проведення реальної реформи — резолюція РАУ.....	8

Адвокатська діяльність

<i>Г. Боряк</i> Новий законопроект про адвокатуру — крок уперед, три кроки назад.....	9
<i>І. Василик</i> Вища школа адвокатури НААУ: 6 місяців навчальної діяльності і перша тисяча слухачів.....	12

Кримінальні справи

<i>А. Сербіна</i> «Ламати» версію обвинувачення — означає робити свою роботу якісно. Працюємо із доказами.....	15
---	----

Цивільні справи

<i>О. Печений</i> Деякі питання судової практики звернення стягнення на спадкове майно за боргами спадкодавця....	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 КВ № 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**

*О. Розгон*

Утримання одного із подружжя після розірвання шлюбу: проблеми судової практики 27

Податкове законодавство

Л. Бєлкін

«Попереджений — озброєний», або Щоб представник не перетворився на представництво..... 36

Земельне законодавство

К. Рибалко

Мораторій на купівлю-продаж земель: очікування під знаком нескінченності?..... 38

Практика ЄСПЛ

О. Дроздов, О. Дроздова

Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ протягом 2018 року, або Наступні кроки з вивчення абетки з прав людини..... 41

Судова практика

Огляд судової практики Верховного Суду..... 53

Історія адвокатури

І. Василик, Г. Басара-Тиліщак

Адвокати і композитори — Анатоль Кос-Анатольський та Богдан Весоловський..... 60

Зразки документів

Позовна заява про стягнення грошових коштів..... 63

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

8587

Загальний тираж видання

4300 екз.

Передплатний індекс: 86385**Періодичність виходу**

раз на місяць

Дата виходу

15.10.2018 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.



МЕДІЙНИЙ І ПОЛІТИЧНИЙ КОМПОНЕНТИ СТАЛИ ДОМІНУВАТИ НАД НОРМАМИ ПРАВА В РЕЗОНАНСНИХ СПРАВАХ — ЛІДІЯ ІЗОВІТОВА

Голова НААУ Лідія Ізовітова взяла участь у спільному засіданні Ради суддів України, Ради прокурорів України, НААУ, Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини¹.

У своєму виступі Голова НААУ констатувала зростання кількості порушень прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності.

«Ми відчуваємо перманентне посилення тиску на адвокатів», — констатувала Лідія Ізовітова.

Відповідно до тематичного Звіту НААУ в Єдиний реєстр досудових розслідувань з 2013 року 1162 рази внесено відомості про порушення прав адвокатів. З них 75 % — за ст. 397 Кримінального кодексу України, втручання в діяльність адвоката. 21 % — погроза або насильство щодо адвоката. При цьому провадження не розслідуються, а у понад половині випадків — закриваються.

«З 2013 року сталося 8 вбивств адвокатів, і ми пов'язуємо це з їхньою професійною діяльністю», — сказала Голова НААУ.

Стосовно адвокатів проводяться незаконні обшуки, при цьому слідчі судді надають дозволи на такі обшуки у порушення прав адвокатів як спеціальних суб'єктів. Дані Єдиного реєстру адвокатів України є у відкритому доступі, але ані судді, ані прокурори не звіряються з даними реєстру, аби встановити, що в конкретних випадках ідеться про адвоката, правата інтереси якого захищені Конституцією і законом.

«Судовий контроль залишає бажати кращого, адже слідчі судді часто нехтують правами адвокатів. При діючому Єдиному реєстрі адвокатів ані судді, ані прокурори не приділяють хвилини, щоб переконатися, що є спеціальний суб'єкт», — сказала Лідія Ізовітова.

Поширеною практикою є ототожнення адвоката з клієнтом, при цьому не тільки в публічних коментарях та інформаційному просторі. Відкриваються провадження, де адвокат ідентифікується як учасник злочинного угруповання, разом із своїм клієнтом.



Застосування законодавства не гарантує адвокатам реальне дотримання їхніх прав.

«Коли приймали Кримінальний процесуальний кодекс України у 2012 році і не передбачили окремої статті про права адвокатів, а лише про обов'язки, нам весь час говорили, що ми маємо ті ж права, що і підозрюваний та обвинувачений, і ніби це добре, бо права людини ширше. Це розуміли законодавці і не розуміють ті, хто застосовує цей Кодекс. Сьогодні це — проблема», — сказала Лідія Ізовітова.

Окрім того, передбачено, що в одному провадженні може бути не більше 5 адвокатів, а кількість прокурорів не обмежена. *«Як говорить КПК, захисників у суді може бути не більше 5. А прокурорів скільки може бути? А не визначено — хоч вся прокуратура»*, — прокоментувала Голова НААУ.

Вона наголосила на тому, що *«сьогодні представники кожної інституції — і адвокатури, і прокуратури, і судової влади — відчувають професійні ризики»*.

До розгляду учасників спільного засідання роздано рішення Ради суддів України № 45 «Щодо заходів для забезпечення дотримання принципу рівності перед судом і законом». Рішення стосується притягнення до кримінальної відповідальності судді Київського районного суду м. Полтави за постановлення завідомо неправосудного рішення.

¹ Фото — Євген Король.



«Реакція на це рішення судді і подальші події, а саме політичні коментарі керівництва Генеральної прокуратури, дезінформація суспільства, переслідування судді шляхом відкриття кримінального провадження — все це стало логічним продовженням тенденції порушення принципів рівності і змагальності сторін, верховенства права», — сказала Голова НААУ.

Хоча Конституція передбачає, що судді є незалежними і керуються у своїй діяльності принципом верховенства права, цей запобіжник не спрацював. Фактично, у громадській думці суддів поділено за політичним критерієм належності до влади минулої чи діючої, а самі судді не відстоюють себе як самостійну гілку влади.

Голова НААУ наголосила на тому, що адвокатуру турбує така ситуація в судовій системі. *«Адвокатури для захисту прав людей потрібен незалежний суд», — констатувала Голова НААУ.*

Проте політики і державні діячі дають публічні оцінки рішенням судів та кримінальним провадженням, що суперечить як національному законодавству, зокрема презумпції невинуватості, так і практиці ЄСПЛ. Позиція Європейського суду з прав людини у кількох рішеннях вважає порушенням Конвенції публічні заяви посадових осіб державних органів стосовно проваджень, які тривають, якщо ці заяви схиляють громадськість до думки про винуватість підозрюваного та наперед суду оцінюють факти і докази.

«Медійний і політичний компоненти стали домінувати над нормами права в резонансних справах. Результат може бути катастрофічним для правосуддя і прав людей, які ми захищаємо», — сказала Лідія Ізовітова, наголосивши на тому, що від публічних коментарів такого характеру необхідно утриматися.

Водночас у ситуації із суддею Антоновим так не сталося.

«Коли в день винесення судового рішення орган, який адмініструє ЄРДР та вносить відомості в ЄРДР, говорить про те, що суддю вже визнано винним, то, по-перше, це порушення презумпції невинуватості. По-друге, це порушення верховенства права і це тиск на тих суддів, які мають розглядати справу в апеляційному порядку. Це і тиск на суддю, який розглядав цю справу, і тиск на громадськість», — сказала Голова НААУ.

Якщо ця справа буде розглядатися у ЄСПЛ, то рішення про те, що суддя діяв під тиском державних посадових осіб, буде очевидним.

Голова НААУ запропонувала створити моніторингову групу з представників кожної з інституцій — учасників спільного засідання щодо реалізації Резолюції, яка буде прийнята за підсумками засідання.

Також відзначимо, що 1 жовтня 2018 року Голова Ради адвокатів України **Лідія Ізовітова, Голова Ради суддів Олег Ткачук та Голова Ради прокурорів України Михайло Місюра** підписали **Резолюцію «Професійна етика правосуддя»**.

Документ укладено з метою утвердження високих стандартів правосуддя, професійного навчання та підвищення рівня професійної етики судового процесу.

Резолюція передбачає формування Координаційного комітету правосуддя у складі 3 осіб по одному представнику від кожного вищого органу самоврядування суддів, адвокатів та прокурорів.

Сторони визнали за доцільне формування єдиних стандартів професійної етики у сфері правосуддя. У зв'язку з цим по 5 представників буде включено до складу Робочої групи для розробки Кодексу професійної етики та визначення спільних етичних принципів у сфері правосуддя.

До 1 листопада 2018 року група має запропонувати Концепцію професійної етики у сфері правосуддя.

Також Резолюція передбачає запровадження на базі Національної школи суддів України, Національної академії прокуратури України та Вищої школи адвокатури НААУ періодичне спільне навчання суддів, прокурорів та адвокатів із тем захисту прав людини та основоположних свобод з урахуванням положень Конвенції і практики ЄСПЛ, з питань професійної етики та практики застосування правил професійної етики, відповідальності та забезпечення авторитету судової влади, а також й інших тем спільного інтересу.

Сторони Резолюції мають забезпечити оперативний розгляд звернень Ради суддів України, Ради адвокатів України, Ради прокурорів України щодо фактів порушення стандартів захисту прав людини та основоположних свобод і професійної етики у сфері правосуддя.

Окрім питань етики та підвищення кваліфікації, Резолюція містить блок стосовно порушень незалежності органів правосуддя.



РАУ ЗАКЛИКАЛА ВРУ УТРИМАТИСЯ ВІД ПРИЙНЯТТЯ ЗАКОНОПРОЕКТУ № 9055

НААУ направила до керівництва Верховної Ради України, комітетів та фракцій Парламенту, індивідуально до народних депутатів Резолюцію Ради адвокатів України із закликом утриматися від прийняття проекту закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (реєстраційний № 9055).

Листи за підписом Голови НААУ Лідії Ізвіткової направлені до Голови ВРУ, Голови Комітету ВРУ з питань правової політики та правосуддя, Голови Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, Голови Комітету з питань бюджету, Голови Комітету з питань запобігання і протидії корупції, Голови Комітету з питань європейської інтеграції, голів депутатських фракцій та позафракційних депутатів.

РАУ наполягає на тому, що цей документ не може стати основою для демократичної реформи інституту адвокатури з огляду на порушення міжнародних стандартів у процесі підготовки законопроекту під егідою Ради з питань судової реформи. НААУ була позбавлена представництва в Раді з питань судової реформи, на яку було покладено відповідальність за здійснення реформи. Право адвокатури, яку у відносинах з органами влади представляє НААУ, на участь у напрацюванні змін до профільного закону не було дотримано, а офіційне представництво професії було підмінено у маніпулятивний спосіб шляхом залучення окремих громадських організацій та окремих адвокатів.

Окрім того, за змістом законопроект несе ризики звуження прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності. Позиція РАУ полягає в тому, що за своїм змістом будь-які зміни до профільного законодавства мають гарантувати подальше наближення адвокатури до європейських стандартів. Пріоритетом у цьому процесі має бути посилення захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності. РАУ вважає, що прийняття законопроекту № 9055 суперечитиме загальній логіці європейського курсу України, численним міжнародним документам та власне — Стратегії реформування судової влади, судочинства та суміжних правових інституцій, затвердженої указом Президента № 276 від 20.05.15 р.

Натомість проект закону № 9055 містить загрози знищення інституційної гарантії незалежності адвокатури — адвокатського самоврядування та саморегулювання професії.

Значним недоліком законопроекту № 9055 є численні корупційні ризики. Законопроект № 9055 переповнений суперечностями між різними статтями, термінологічною невизначеністю, оціночними судженнями, особливо в частині регулювання доступу до професії та притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності, розподілу адвокатських внесків. Такі речі є неприпустимими, адже антикорупційний компонент має бути обов'язковим для кожного етапу судової реформи.

Законопроект передбачає пільговий період для спрощеного доступу в адвокатуру для суддів та слідчих, яким дозволено протягом 4 років отримувати свідоцтво на підставі іспиту без проходження стажування. НААУ неодноразово наполягала на тому, що процес стажування дозволяє адаптувати юристів до адвокатської практики, етичних стандартів, розуміння пріоритетності інтересів клієнта та захисту прав людини.

Проект закону № 9055 містить численні зміни до КПК, які звужують гарантії адвокатської діяльності. Зокрема, пропонується включити до КПК статтю 22¹ про зловживання стороною захисту процесуальними правами. До категорії зловживання суд може віднести і подання скарги на певне судове рішення, і подання клопотання (заяви) для вирішення окремого важливого для захисту питання, і заявлення відводу суду тощо.

У викладеній редакції ст. 22¹ КПК законопроекту № 9055 прямо суперечить положенням Конституції України, профільним рішенням Конституційного Суду України та численним рішенням Європейського суду з прав людини.

Проект закону пропонує спростити процедуру повідомлення про підозру особі зі статусом спеціального суб'єкта, що відкриває можливості для посилення кримінального переслідування адвокатів за їхню правову позицію. Наразі така практика підтверджується офіційною статистикою порушень прав адвокатів та гарантій



адвокатської діяльності. При цьому запропонована редакція ст. 481 КПК передбачає, що не лише адвокатам, але всім визначеним у ч. 1 ст 481 КПК спеціальним суб'єктам підозра може бути вручена слідчим, прокурором за дорученням керівника Генеральної або обласної прокуратури. Тобто статус спецсуб'єкта взагалі позбавлено будь-якого сенсу.

«Зважаючи на те, що напрацьований у закритий спосіб законопроект № 9055 містить зазначені вище, а також низку інших серйозних загроз для подальшого

незалежного функціонування інституту адвокатури, підриває гарантії захисту прав громадян, несе ризики для розвитку України як правової демократичної держави, просимо Вас утриматися від підтримки законопроекту № 9055 у поданій редакції та врахувати позицію адвокатури України при внесенні змін до профільного законодавства відповідно до європейських стандартів, реальних потреб адвокатської спільноти та в інтересах посилення конституційних гарантій прав громадян», — ідеться у Резолюції РАУ.

ООН ЗАНЕПОКОЄНА НАПАДАМИ НА НААУ ТА ПОРУШЕННЯМИ ПРАВ АДВОКАТІВ В УКРАЇНІ

До 23-ї доповіді Верховного комісара ООН з прав людини включено порушення прав адвокатів та факти нападу на Національну асоціацію адвокатів України.

Чергова квартальна доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні підготовлена за результатами роботи Моніторингової місії ООН з прав людини в Україні (ММПЛУ). Вона охоплює період з 16 травня до 15 серпня 2018 року.

«Управління Верховного комісара ООН з прав людини (УВКПЛ) стурбоване повідомленнями про тиск, що здійснюється на Національну асоціацію адвокатів в Києві, щодо справ, пов'язаних із конфліктом (на Сході України), або справ обвинувачених, які, за твердженнями, зв'язані з озброєними групами», — ідеться у доповіді.

УВКПЛ, крім того, занепокоєне нападами на адвокатів та їх залякуванням із боку членів крайніх правих груп. УВКПЛ задокументувало три фізичні напади на адвокатів, скоєні групою «С14», де поліція поводитися недбало, не втручаючись під час нападів або не розслідуючи належним чином ці інциденти. В одному випадку після нападу в соціальній мережі були розміщені погрози смертю на адресу одного адвоката і його сім'ї.

У доповіді описано ці випадки. Зокрема, 28 липня 2018 року група учасників організації «С14» словесно принижували й спробували завдати удару голо-

вою адвокатуві, якого вони звинуватили у сепаратизмі через представлення інтересів відповідачів у справах, пов'язаних з конфліктом. Це трапилося у приміщенні суду у присутності поліції, яка не відреагувала належним чином. Три дні потому близько 50 членів «С14» ввійшли у приміщення Національної асоціації адвокатів, де агресивно вимагали скасування ліцензії вищезгаданого адвоката і заважали Комітетові захисту прав адвокатів проводити його засідання. 7 серпня 2018 року троє членів «С14» вдалися до фізичного насильства щодо іншого адвоката після того, як він прокоментував їхню поведінку в залі суду. Це відбувалося також у присутності поліції, але вони не втручалися. УВКПЛ нагадує, що адвокатів не слід ототожнювати з їхніми клієнтами й що органи влади мають забезпечувати безпеку та охорону приміщень судів для захисту представників юридичної професії під час виконання ними своїх обов'язків.

УВКПЛ, як і раніше, занепокоєне тим, що адвокати, яких призначають представляти інтереси осіб, затриманих у зв'язку з конфліктом, лише формально виконують свої функції із захисту. Складається враження, що надання адвоката здійснюється з метою легітимізації «засудження». Це занепокоєння ще більше посилюється через перешкоди, встановлені «Донецькою народною республікою» та «Луганською народною республікою» для приватних адвокатів, найнятих



для участі у провадженнях, наприклад перешкоди у спілкуванні з клієнтами й наданні інформації про них.

У доповіді також згадано, що 24 травня 2018 року адвокат, який представляє інтереси жертв нападу на ромське поселення у Вільшанах, що мало місце у травні 2017 року, зазнав жорстокого нападу з боку групи чоловіків, у складі якої, як повідомлялося, був місцевий прокурор. Адвокатам погрожували смертю в разі, якщо він не відмовиться від цієї справи.

Управління Верховного комісара ООН з прав людини рекомендує Генеральній прокуратурі та правоохоронним органам України забезпечити належну кваліфікацію, ефективно і своєчасне розслідування, а також притягнення до відповідальності учасників крайніх правих груп або інших осіб,

які скоїли злочини за ознакою раси, статі, віросповідання, мови, національного чи етнічного походження, політичних або соціальних переконань, сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності або будь-якими іншими ознаками, дискримінація за якими заборонена міжнародними стандартами у сфері прав людини.

Квартальні доповіді УВКПЛ ґрунтуються на основі інформації, зібраної Моніторинговою місією ООН в Україні шляхом проведення інтерв'ю (з жертвами, свідками, родичами жертв і адвокатами), під час поїздки на місця, зустрічей з представниками Уряду, громадянським суспільством та іншими співрозмовниками, моніторингу судових засідань, а також аналізу судових документів, офіційних звітів, інформації із відкритих джерел та інших відповідних матеріалів.

ВІДБУЛОСЯ ЧЕРГОВЕ ЗАСІДАННЯ КОМІТЕТУ МЕДИЧНОГО І ФАРМАЦЕВТИЧНОГО ПРАВА ТА БІОЕТИКИ НААУ

26 вересня 2018 року відбулось чергове засідання Комітету медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ.

На порядку денному було чимало питань, з-поміж яких планування Всеукраїнського тижня прав людини у сфері охорони здоров'я — 2018, затвердження квартального звіту Комітету, планування науково-практичних заходів на наступний квартал, підготовка нових методичних рекомендацій, обговорення розвитку міжнародної співпраці.

Ірина Сенюта представила нових членів, які доєдналися до роботи Комітету, а також відзвітувала про квартальну роботу Комітету, зосередивши увагу на презентації двох методичних рекомендацій, підготовлених Комітетом, а саме щодо питань вакцинації та цивіль-



но-правової відповідальності у сфері охорони здоров'я.

На новий квартал заплановано чимало цікавої та спектральної роботи в усіх областях України, зокрема насичений тиждень прав людини (грудень 2018 року).



ВНЕСЕННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ЗАКОНОПРОЕКТІВ ПРО АДВОКАТУРУ Є ЛОГІЧНИМ КРОКОМ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ РЕАЛЬНОЇ РЕФОРМИ – РЕЗОЛЮЦІЯ РАУ

Внесення народними депутатами України альтернативних проектів закону під реєстраційними номерами 9055-1 та 9055-2 є логічним кроком законодавців з метою проведення реальної реформи адвокатури у рівноправному діалозі із 40-тисячною професійною спільнотою.

Про це йдеться в резолюції Ради адвокатів України, прийнятій під час позачергового засідання 25 вересня 2018 року.

РАУ як вищий орган адвокатського самоврядування підтримує ці законопроекти як такі, що відображають позицію адвокатської спільноти, а саме пропозиції змін до профільного законодавства, що були обговорені на конференціях адвокатів регіонів, підтримані та затверджені З'їздами адвокатів України, що відбулися 2014 (позачерговий) та 2015 року.

«У подальші два з половиною роки ініціатива розробки змін до профільного законодавства була втрачена адвокатурою з незалежних від неї, у тому числі і політичних, мотивів. Проте на етапі прийняття рішень у законодавчому органі демократичність і прозорість реформи конституційного інституту адвокатури має бути, безумовно, дотримана», — констатує РАУ.

Позиція Ради адвокатів України полягає в тому, що за своїм змістом будь-які зміни до профільного законодавства мають гарантувати подальше наближення адвокатури до європейських стандартів. Пріоритетом у цьому процесі має бути посилення захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності.

За оцінками РАУ, законопроекти № 9055-1 та № 9055-2 направлені на вирішення ключових викликів та ризиків, з якими стикається адвокатура

в останні роки, а також сприяє впровадженню в законодавство змін до Конституції України в частині правосуддя від 2016 року. Зокрема, законопроекти передбачають посилення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності та механізмів відповідальності за їхні порушення; враховують необхідність закріплення незалежності інституту адвокатури через інституційні гарантії адвокатського самоврядування та його фінансової самодостатності.

Законопроекти вирішують питання доступу до професії з урахуванням конституційних змін про виключне право адвокатів на представництво в судах відповідно до цілей підвищення фахового рівня адвокатів та задоволення потреб захисту прав та інтересів громадян у судах.

Рада адвокатів України вважає, що прийняття проектів законів, поданих народними депутатами, сприятиме розвитку інституту адвокатури в демократичній правовій державі, виконанню міжнародних зобов'язань України як члена Ради Європи та ООН, реалізації конституційних прав та свобод людини і громадянина, принципів верховенства права та доступності правової професійної допомоги.

У зв'язку з цим РАУ звернулася до керівництва Верховної Ради, комітетів парламенту та народних депутатів із закликом при розгляді проектів нової редакції закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» врахувати позицію адвокатури України щодо альтернативних законопроектів № 9055-1 та № 9055-2 і сприяти реформуванню законодавства відповідно до європейських стандартів, реальних потреб адвокатської спільноти та в інтересах посилення конституційних гарантій прав громадян.



НОВИЙ ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО АДВОКАТУРУ – КРОК УПЕРЕД, ТРИ КРОКИ НАЗАД



Ганна Бор'як,

адвокат, Голова Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ

Ні для кого сьогодні не новина, що закони у державі не працюють, і гарантії адвокатської діяльності, по суті, є декларативними.

На цьому тлі законодавець, за логікою речей, вдосконалюючи законодавство про незалежність професійної діяльності, мав би створити механізм відповідальності влади за систематичне порушення нею професійних прав адвокатів. Шкода, що з проектом Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який зареєстрований Президентом України, так не сталося.

Міжнародні стандарти адвокатської діяльності, зокрема, Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів, ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 25.10.2000 р., до принципів формування адвокатури відносить право на свободу переконань та можливість впливу на законотворчу діяльність.

Із змісту європейського законодавства саме адвокатура повинна ініціювати свій профільний закон, а не влада. У діяльності адвокатури держава лише забезпечує ефективний доступ до правосуддя та доступ усіх верств суспільства до ефективної правової допомоги.

Міра впливу держави на незалежну професійну діяльність також визначена Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятими 8-м Конгресом ООН з попередження злочинів у серпні 1990 року. Межа такого впливу у цих Положеннях визначена лише у контексті сприяння та забезпечення доступу до професії і її гарантії.

Зокрема, в адекватному забезпеченні прав людини та її свобод визначальною є роль професійних асоціацій адвокатів, які повинні бути незалежними, саморегульованими та захищеними на державному рівні.

Однак у супереч переліченим вище стандартам, профільний законопроект № 9055 сформульований без участі представника адвокатури — НААУ.

Очікувано, що проект націлений не стільки на захист адвокатської професії, стільки на реалізацію особистих інтересів окремих впливових груп, у тому числі прокурорів та суддів. Останні дві категорії отримали привілеї у доступі до професії, посилені інструменти впливу на адвокатів у судових процесах. Про яку незалежність професії може йтися?

Зокрема, є дискримінаційним п. 2 ч. 3 ст. 6 проекту Закону, де стаж роботи судді та прокурора включений до вимоги стажування, обмежує права інших фахівців у галузі права.

Розділ III — Адвокатська діяльність та її гарантії не витримує жодної критики. Складається враження, що законотворці не в курсі тотальних обшуків у адвокатів, заподіяння шкоди здоров'ю, вбивств, застосування фізичної сили до захисників безпосередньо під час судових засідань.

Законотворці залишили поза увагою, що професійне право преюдиційне по суті, а тому у проекті так і не сформульований його зміст. Стаття 20 Професійні права адвоката ототожнює їх із процесуальними



(дії), а тому відсутня зрозуміла стратегія державного захисту прав захисника, міра відповідальності за їх порушення та як віднесені професійні права адвоката до системи цінностей прав людини. Позиція замовчування лише шкодить адвокатурі, а не захищає її.

Зате до професійних обов'язків адвоката у ст. 21 віднесено сприяння здійсненню незалежного і безстороннього правосуддя відповідно до принципу Верховенства права, виявлення повагу до суду.

Законодавець не збирається виявляти повагу до адвоката у контексті принципу верховенства права та у цьому ж законопроекті ввів термін «зловживання правом» як підстава притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Такого ганебного відношення до професії закон іще на знав досі. Причому встановлювати факт зловживання правом віддано суду або особі, яка зобов'язана надати відповідь на адвокатський запит. Наслідки зрозумілі. Якщо запит буде «не зручним», то і відмова буде пов'язана із т. з. зловживанням правом. Потім адвокат, якому фактично перешкодили у реалізації його професійного права, буде у судах роками доводити, зловживав він цим правом чи ні.

Що стосується цивільного чи кримінального процесу, то в адвокатській стратегії, особливо у справах щодо кредитних відносин, є небагато процесуальних можливостей захистити інтереси клієнта, в тому числі і подання клопотань, які, наприклад, адвокат переформулює, вступаючи у справу, коли аналогічне подано попереднім адвокатом, або заявлення відводу судді, який виказує своє позитивне ставлення до інтересів іншої сторони. Тому сам термін «зловживання правом» — це результат банківського лоббі у проекті, і аж ніяк не посилення незалежності професії. Для кого ж тоді писався цей закон?

Що стосується гарантій адвокатської діяльності, то вони, у більшості, декларативні.

Законодавець не приділив жодної уваги механізму захисту інформації, яка отримана адвокатом у ході законної професійної діяльності, а тому при винесенні ухвал про обшуки судді не переймаються такою заборонаю та не несуть за це жодної відповідальності, бо немає органу або структури, які б встановлювали факти втручання.

Пункт 8 ч. 1 ст. 24 виглядає недолугим. Ким гарантується рівність прав з іншими учасниками, дотримання засад змагальності і свободи надання доказів? Якщо

законодавець має на увазі слідчі та судові органи, то достатньо проаналізувати судові рішення у справах по вирішенню клопотань сторони обвинувачення. В основному позиція сторони захисту там навіть не згадується. Якщо мова йде про рівність учасників процесу, то до закону слід було, в першу чергу, вносити не декларативні вислови, а практичні засади такої рівності. При рівності прав не може бути ніякого «зловживання правом» та дисциплінарної відповідальності за це.

Це ж стосується і відсутності реального механізму захисту життя, здоров'я, честі і гідності адвоката та членів його сім'ї.

Далі, існує ряд таких же декларативних заборон, які не просто ні на що не впливають, а й перебувають у конфлікті з іншими нормами. Зокрема, заборона втручання у правову позицію адвоката ніяк не співвідноситься із його дисциплінарною відповідальністю за «зловживання правом». Кому адвокат повинен доводити, що т. з. зловживання якраз спрямоване на захист інтересів клієнта.

У пункті 14 цієї статті декларація гарантій іде у розріз із законодавчими ініціативами, які запропоновано для кримінального процесуального закону.

Пропозиції не витримують жодної критики: «Особам, визначеним у частині першій цієї статті, підозра вручається Генеральним прокурором (виконувачем обов'язків Генерального прокурора), його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень або за їх дорученням слідчим, прокурором у порядку, визначеному частинами першою та другою статті 278 цього Кодексу».

По-перше, чинним КПК не передбачено права прокурору передоручати свої повноваження іншому прокурору.

По-друге, процесуальний обов'язок, який віднесений до державних гарантій, не може бути передоручений, інакше це є пряме їх невиконання.

По-третє, вручення підозри — це складна процесуальна дія, де сам документ має статус процесуального рішення з процесуальними наслідками: процесуальним повідомленням, відібранням пояснень, роз'ясненням та реалізацією прав у зв'язку із цим. На практиці одразу після вручення підозри вручається і клопотання про обрання запобіжного заходу, коли пояснення особи, яка підозрюється, уже не мають ніякого значення. Але це суттєво порушує її права, тим більше, коли



це спеціальний процесуальний суб'єкт. Тому важливою гарантією є допит особи із спеціальним статусом, який здійснює особа, яка прийняла процесуальне рішення про підозру, для можливості прийняття нею рішення про запобіжний захід після допиту такої особи із дотриманням її права на захист.

Закон ніяк не вирішує нагальну проблему доступу по речей та документів адвоката за критеріями процесуальної необхідності та обов'язкового посилання на те, чому на ці речі та документи не поширюється презумпція захисту адвокатської таємниці.

Слід зауважити, що професійні права адвокатів не обмежуються наданням правничої допомоги. До професійного права європейські правничі структури відносять також і відстоювання особистих свобод (Рекомендації № R (2000) 21), які не можуть бути обмежені владою.

Будь-яке обмеження у доступі повинно бути пропорційним до суспільної необхідності у такому обмеженні. У висновку та рекомендаціях захисту прав та гарантій адвокатської діяльності Агентства міжнародного правового співробітництва від 09.06.16 р. таке втручання у діяльність адвокатів називають недоречним.

З огляду на міжнародну практику нормативного формування законодавства про адвокатуру та націо-

нальне законодавство, яке регулює адвокатську діяльність, можна зробити висновок про наступне:

1. Адвокатура є не тільки правозахисною функцією держави, але й недержавним професійним інститутом, у основу діяльності якого покладено захист прав людини.

2. У державі баланс між свободою професійної діяльності адвоката та втручанням влади у таку діяльність проходить по межі забезпечення гарантій діяльності адвоката. Ініціювання та створення механізму реалізації професійної правової діяльності адвоката законом покладено на Національну асоціацію адвокатів України.

3. Законопроект Президента України, від формування якого усунута Національна асоціація адвокатів України, може бути розцінений як невиправдане втручання в адвокатську діяльність з боку влади. Звуження професійних прав адвокатів у результаті змін до законодавства є недопустимим.

4. Міжнародне співтовариство повинно стати на захист адвокатури України від недоречного втручання влади в Україні, оскільки таке втручання тягне за собою порушення прав адвокатів вільно висловлювати свої думки, в тому числі і у законотворчому процесі.

Саме тому я проти цього законопроекту.



ВИЩА ШКОЛА АДВОКАТУРИ НААУ: 6 МІСЯЦІВ НАВЧАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ І ПЕРША ТИСЯЧА СЛУХАЧІВ

Ірина Василик, проректор з організаційно-методичної роботи Вищої школи адвокатури НААУ

Середина цього річного серпня стала знаковою для Вищої школи адвокатури НААУ¹, оскільки за пів року з часу запуску навчальних курсів (перший семінар відбувся 16 лютого 2018 року) навчання пройшли 1000 адвокатів. Тисячний сертифікат про підвищення кваліфікації у ВША отримав адвокат Муха Олександр Олександрович.

За лютий — серпень 2018 року ВША провела низку одно-, дво- та триденних навчальних курсів з кримінального, цивільного, сімейного права, права інтелектуальної власності та інших галузей, зокрема з тем, наведених нижче.

Кримінальне право:

— «Адвокатська техніка у кримінальних справах» (викладач — ректор ВША Зейкан М.-Я. П.);

— «Окремі питання тактики захисту в кримінальних провадженнях по злочинах корупційного спрямування» (лектор — Готін О. М.);

— «Адвокатська техніка у кримінальних справах. Теорія і практика визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні» (викладачі — Зейкан М.-Я. П., Панова А. В.).

Інтелектуальна власність:

— «Захист права інтелектуальної власності в Україні» (лектор — Потоцький М. Ю.).

Сімейне право:

— «Сімейний спір: стратегія і тактика перемоги» (лектори — Гаро Г. О., Простибоженко О. С., Савицька С. Л., Ющак А. В.).

Цивільне право:

— «Адвокатська майстерність у цивільних справах» (лектор — Боряк Г. Л.);

— «Проблемні питання цивільного права в адвокатській практиці» (лектор — Ромовська З. В.).



ЄСПЛ:

— «Актуальні питання застосування практики ЄСПЛ в адвокатській діяльності» (лектор — Дроздов О. М.).

Охорона здоров'я:

— «Права людини у сфері охорони здоров'я: проблеми правозастосування та правореалізації» (лектор — Сенюта І. Я.).

Медіація:

— «Мистецтво медіації для адвокатів» (лектори — представники Українського центру медіації).

Судова експертиза:

— «Основні завдання автотехнічних експертиз, порядок їх призначення, орієнтири для постановки експертних завдань, особливості автотехнічних досліджень у справах по ДТП» (лектор — Федчишин А. С.);

— «Економічна експертиза» (лектор — Федчишина В. В.);

— «Актуальні аспекти сучасної судово-медичної експертизи» (лектори — Біляков А. М., Воробйов М. М.);

— «Інформаційна безпека. Безпека програмного забезпечення комп'ютерних мереж (мережні атаки) та розслідування кіберзлочинів. Правові приклади і вирішення розслідування інцидентів кібербезпеки,

¹ Далі за текстом — ВША.



призначення комп'ютерно-технічних, телекомунікаційних експертиз та досліджень» (лектор — Урденко О. Г.).

У відгуках адвокати, які пройшли навчання у ВША, відзначають високий професіоналізм викладачів, цікаві теми, легкий і доступний виклад матеріалу, висловлюють вдячність спікерам семінарів за високопрофесійний підхід і якісне надання знань та матеріалу, за організацію заходів на високому рівні і постійну готовність допомогти.

З березня 2018 року ВША розпочала новий формат **двогодинних навчальних курсів**, що дозволило адвокатам отримувати необхідні знання у післяробочий час практично у будь-який день тижня, зручний для них. Про результативність такого кроку найкраще говорять відгуки самих адвокатів, які їх відвідали:

«... короткі 2-годинні курси (вжимка, по суті) є дещо якісніше і суттєво вигідно відрізняються від більшості освітньо-правових продуктів, які пропонують інші організації і установи. Мені здається, Ви знайшли ключ до серця практикуючих адвокатів/юристів. Це саме те, що потрібно (лаконічність помножена на якісно-інформативний контент), ефект — постійно зростаюча кількість Ваших слухачів. У захваті від формату викладення та донесення матеріалу, а також різноманіття актуальних тем, запропонованих слухачам. Вам окрема вдячність і повага за можливість долучення до якісного правового ресурсу, який Ви успішно генеруєте».

Станом на сьогодні ВША пропонує слухачам 14 різноманітних тем двогодинних курсів, зокрема:

- «Тактика і стратегія захисту в кримінальних справах за правилами КПК 2012 року на прикладі резонансних справ» (лектор — Зейкан М.-Я. П.);
- «Угода про асоціацію між Україною та ЄС: новели охорони та захисту об'єктів промислової власності» (лектор — Потоцький М. Ю.);
- «Нестандартні методики адвокатської майстерності у цивільному процесі» (лектор — Боряк Г. Л.);
- «Адвокатський захист від незаконних негласних слідчих (розшукових) дій» (лектор — Готін О. М.);
- «Практикум для адвокатів із сімейного права» (лектори — Гаро Г. О., Простибоженко О. С., Савицька С. Л., Ющак А. В.);
- «Момент виникнення небезпеки для руху та інші чинники при призначенні автотехнічних експертиз» (лектор — Федчишин А. С.);

— «Урахування практики ЕСПЛ щодо застосування статті 5 Конвенції з прав людини в адвокатській діяльності» (лектор — Дроздов О. М.);

— «Визнання недійсними прав інтелектуальної власності на торговельні марки у судовому порядку» (лектор — Потоцький М. Ю.);

— «Слідчий суддя, його функції та роль у кримінальному провадженні» (лектор — Мелешак О. В.);

— «Комп'ютерна криміналістика або комп'ютерно-технічна експертиза» (лектор — Урденко О. Г.);

— «100 правових норм про уникнення кримінальної відповідальності» (лектор — Горох О. П.);

— «Правила адвокатської етики» (лектори — Василік І. Б., Вовнюк В. І.);

— «Розрахунок збитків за порушення прав інтелектуальної власності: сучасні підходи та перспективи удосконалення в контексті Угоди про асоціацію між Україною та ЄС» (лектори — Поліщук І. Ю., Потоцький М. Ю.);

— «Дифамаційні спори: стратегія і тактика захисту інтересів клієнта адвокатом» (лектор — Демченко Ю. В.);

— «Адвокат для агробізнесу» (лектор — Александров Д. М.)

Розробку і змістовне наповнення курсів контролюють науково-методична та Вчена рада ВША.

Варто наголосити, що участь у навчальних курсах брали адвокати практично з усіх регіонів України, найбільше із міста Києва, Чернігівської, Київської, Кіровоградської, Луганської, Запорізької, Вінницької, Закарпатської, Волинської, Херсонської, Львівської, Черкаської, Хмельницької, Одеської, Полтавської та Харківської областей.

ВША у своїй навчальній діяльності звертає особливу увагу на підготовку лекторів, а також продовжує спілкування із слухачами після проведення заходу. Так, кожен адвокат після відвідування курсу отримує на свою електронну пошту розширену анкету про цей семінар, у якій розроблена шкала запитань щодо інформації, яка була надана під час семінару, стилю проведення курсу і підготовки викладача, локації (меблі, температура в приміщенні, комфорт тощо), роботи персоналу і організації семінару, співвідношення ціни та якості. За кожною позицією з цього переліку адвокати, які були присутні на семінарі, виставляють окрему оцінку за шкалою від 1 до 5, де 5 балів — найвища оцінка, а також надають комплексну оцінку семінару і заповнену анкету, із своїми зауваженнями та пропозиціями направляють до ВША.



Крім того, ведуться постійні опитування на офіційній сторінці ВША у соціальній мережі Facebook щодо розробки та запровадження нових курсів, інформування про майбутні курси, слухачі охоче надають коментарі та відгуки про семінари, що забезпечує максимальну прозорість і відкритість Школи, її керівництва та викладачів. Такий зворотний зв'язок із адвокатами допомагає «чути» потреби слухачів, забезпечувати якісно високий рівень курсів і щоразу більше удосконалювати роботу Школи загалом.

Викладачі Вищої школи адвокатури беруть активну участь у семінарах з підвищення кваліфікації НААУ.

Зокрема, перший проректор ВША Дроздов О. М. бере участь майже у всіх семінарах з підвищення кваліфікації для адвокатів, які проводить НААУ у регіонах. Викладач ВША Горох О. П. узяв участь 16 червня 2018 року як лектор у семінарі НААУ з підвищення кваліфікації для адвокатів у місті Запоріжжі та 7 липня 2018 року у місті Миколаєві. Тема доповідей: «Незгода адвоката з висновками Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права у подібних правовідносинах як підстава передачі справи на розгляд Великої Палати Верховної Суду».

Група викладачів ВША — ректор ВША Зейкан М.-Я. П., проректор з наукової роботи Федчишина В. В., викладачі Готін О. М. та Федчишин А. С. 23 червня 2018 року взяли участь у семінарі НААУ з підвищення кваліфікації для адвокатів у місті Северодонецьку і прочитали лекції на теми: «Прямий і перехресний допит у суді», «Судово-економічні експертизи в рамках кримінального провадження», «Основні завдання автотехнічних експертів, порядок їх призначення, орієнтири для постановки експертних завдань, особливості автотехнічних досліджень у справах по ДОТП», «Нестандартні тактичні прийоми захисту по корупційних справах».

7 липня 2018 року відбувся семінар НААУ з підвищення кваліфікації для адвокатів у місті Миколаєві, участь у якому від ВША взяли проректор з організаційно-методичної роботи Василик І. Б. й викладач Потоцький М. Ю. Теми їхніх доповідей: «Дисциплінарна відповідальність за порушення правил адвокатської етики» та «Захист права інтелектуальної власності в Україні».

Спільні заходи ВША та партнерів.

ВША співпрацює з молодіжним комітетом НААУ «Next Gen». Проведено спільні семінари для адвокатів на теми:

— «Професійне керівництво юридичною фірмою: аспект оподаткування» (викладач — В. Власюк);

— «Захист прав інтелектуальної власності» (викладач — В. Білоцький, голова комітету).

Council of Europe спільно з НААУ та ВША 7 липня 2018 року презентували нову навчальну програму ЄСПЛ «Help».

Участь викладачів ВША у роботі органів адвокатського самоврядування.

Викладачі ВША беруть активну участь у роботі органів адвокатського самоврядування, зокрема Боряк Ганна Леонідівна є Головою Комітету захисту прав та гарантій адвокатської діяльності НААУ; Готін Олександр Миколайович — заступником голови Ради адвокатів Луганської області; Дроздов Олександр Михайлович — Головою ВКДКА; Федчишина Віолета Віталіївна — Головою Комітету експертного забезпечення адвокатської діяльності; Василик Ірина Богданівна — керівником науково-методичного Центру досліджень адвокатури і права при НААУ.

Комунікації ВША.

ВША комунікує із слухачами за допомогою власного сайту, який містить усю необхідну інформацію щодо навчальних продуктів ВША, книг, тренінгів та семінарів. Ознайомитися із сайтом ВША можна за посиланням: www.hsa.org.ua.

Також існує сторінка ВША у соціальній мережі Facebook. Вона містить анонси про майбутні курси ВША, постерлізи, звернення викладачів, відгуки слухачів курсів, фотоальбоми із проведення заходів та вручення сертифікатів і навіть гумор. Переглянути сторінку можна за посиланням: <https://www.facebook.com/hsa.org.ua/>.

Нещодавно відкрито телеграм-канал ВША.

Успішна реалізація проектів ВША стала можливою завдяки наполегливій праці всього колективу ВША, секретаріату НААУ та за фахової координації усіх процесів заступником Голови НААУ **Валентином Гвоздієм**.

3 вересня 2018 року на адвокатів, помічників та стажистів чекає новий навчальний сезон, доповнений цікавими курсами, тренінгами та проектами.

З нами пізнавально, продуктивно, креативно і весело!

Тож чекаємо на Вас у стінах нашої школи!



«ЛАМАТИ» ВЕРСІЮ ОБВИНУВАННЯ – ОЗНАЧАЄ РОБИТИ СВОЮ РОБОТУ ЯКІСНО. ПРАЦЮЄМО ІЗ ДОКАЗАМИ



Анастасія Сербіна, головний редактор спецвипуску
«Юридичні практики», адвокат

Доволі часто доводиться бачити обвинувальні акти, а потім вже й вирoki суду, де зазначено приблизно таке: «Встановлено, що Особа 1 у невстановлений час, у неустановленому місті, у невстановленої особи придбав...». Одразу запитання: а що ж тоді встановлено, чи працюємо за принципом: «Була б особа, а стаття знайдеться»? Саме така версія обвинувачення може стати для захисника «цілющим» джерелом, критерієм недоведеності вини поза розумним сумнівом та надати можливість для досягнення гарного результату для клієнта.

ОБСТАВИНИ, ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ДОКАЗУВАННЮ

Згідно зі ст. 91 Кримінального процесуального кодексу України¹ у кримінальному провадженні підлягають доказуванню:

1	подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення)
2	винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення
3	вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат
4	обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження
5	обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання
6	обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення
7	обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру

Щонайменше перші 5 компонентів мають бути вивчені у кожному кримінальному провадженні та доведені належними і допустимими доказами. Більше того, обов'язок доказування зазначених вище обставин покладається на слідчого, прокурора та, в установлених КПК випадках, на потерпілого.

Обов'язок доказування належності та допустимості доказів, даних щодо розміру процесуальних витрат та обставин, які характеризують обвинуваченого, покладається на сторону, яка їх подає.

На жаль, сторона обвинувачення досить часто нехтують нормою ч. 2 ст. 9 КПК, яка зобов'язує

¹ Далі за текстом — КПК.



прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, **виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.** З огляду на це, зазначена робота покладається на захисника.

Тому, працюючи із доказами, зібраними стороною обвинувачення, бажано провести глибокий ана-

ліз не тільки самим доказам окремо та в сукупності, а й тим фактам, які сторона обвинувачення вважає доведеними. Доречно для глибокого аналізу справи скласти таблички чи малювати схеми.

За допомогою такого аналізу можна виокремити кожний компонент, який має бути доказаний; побачити, чим він підтверджений / не підтверджений; яким доказом його можна спростувати чи поставити під сумнів.

КРИТЕРІЇ ДОКАЗУВАННЯ

Якщо малювати алгоритм роботи із доказами, то він може виглядати приблизно так:

1	Чи зібраний доказ тим суб'єктом, якому надано відповідне право збирати докази?	Ст. 19 Конституції України, ст. 36 — 41, 216 КПК
2	Чи зазначений доказ зібраний у межах цього кримінального провадження: з моменту внесення відомостей до ЄРДР та до завершення досудового розслідування?	Ст. 214, ч. 8 ст. 223 КПК та не забуваємо про виняток із правила — ст. 333 КПК
3	Чи належним чином оформлений цей доказ?	Ст. 103 — 108 КПК
4	Чи мається оригінал документа?	Ч. 3 ст. 99, ч. 3 ст. 358 КПК
5	Чи взагалі він може бути визнаний доказом за критерієм належності джерела?	Ч. 2 ст. 84 КПК
6	Чи відкритий доказ у порядку та строки, визначені КПК?	Ст. 290 КПК

Негативна відповідь на будь-яке із зазначених запитань є підставою для подання захисником клопотання про визнання доказів недопустимими або навіть очевидно недопустимими.

Трохи теорії. Нагадаю, що доказом у кримінальному провадженні є фактичні дані, **отримані в передбаче-**

ному КПК порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд установлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Докази можна класифікувати за різними критеріями:

1	Залежно від ставлення до обставини, що підлягає доказуванню	Прямі
		Непрямі
2	Залежно від обставин, що обтяжують чи пом'якшують відповідальність	Обвинувальні
		Виправдувальні
3	За джерелом відомостей	Первинні
		Похідні
4	За джерелом отримання (глава 4 КПК)	Показання (розділ 3)
		Речові докази (розділ 4)
		Документи (розділ 4)
		Висновки експертів (розділ 5)

Ця класифікація дає нам розуміння, що прямі докази мають перевагу перед непрямими, первинні — перед похідними, захисту бажано отримати виправдувальні докази та скомпрометувати обви-

нувальні. Висновки експертів базуються на інших доказах, показаннями можна маніпулювати, а от речові докази та документи зберігають у собі первинну інформацію.



Відповідно, якщо первинний доказ не відповідає критеріям допустимості через порушення процедури його отримання, то й похідний доказ наслідую його долю (за принципом «Плодів отруйного дерева»).

Обов'язковими вимогами є:

- належність доказу (ст. 85 КПК);
- допустимість доказу (ст. 86 КПК);
- недопустимість доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ч. 2 ст. 87 КПК);
- недопустимість доказів та відомостей, які стосуються особи підозрюваного, обвинуваченого (ст. 88 КПК).

Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ч. 2 ст. 86 КПК).

Окремо хотіла б звернути увагу на ст. 87 КПК, яка містить вимоги про наслідки отримання доказів внаслідок істотного порушення прав людини (ч. 1 та 2) та про недопустимість доказів (ч. 3). Щодо першої категорії доказів є пряма заборона суду використовувати такі докази в кримінальному провадженні та обов'язок визнати їх недопустимими. Що ж до другої категорії, то такі докази також є недопустимими, але суд питання їх допустимості/недопустимості буде вирішувати у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

Згідно з ч. 2 ст. 89 КПК у разі встановлення **очевидної недопустимості** доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою **неможливість дослідження** такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Відповідно, докази, отримані внаслідок істотного порушення прав людини, можуть бути визнані, очевидно, недопустимими, про що слід заявити клопотання, яким просити навіть не досліджувати такий доказ.

Увагу суду на недопустимість доказів слід звертати щоразу, коли досліджується такий доказ або інші докази, які є похідними.

Можна виділити три рівні недопустимості доказів:

- I — процесуальний: порушення процесуальної форми (процедури);
- II — істотні порушення прав людини за ст. 87 КПК України;

III — за практикою ЄСПЛ — з посиланням на конкретні рішення ЄСПЛ при аналогічних обставинах.

Оцінка доказів має здійснюватись за внутрішнім переконанням суду, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин, керуючись законом, з погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів — з погляду достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. При цьому жоден доказ не має наперед установленної сили.

Разом із тим вплинути на внутрішнє переконання суду можна кропіткою роботою захисту шляхом подання відповідних клопотань, активної протестної діяльності та наведення конкретних аргументів чи подання інших доказів, які спростовують версію обвинувачення.

ВАЖЛИВІ МОМЕНТИ

Коли ми працюємо із таким джерелом доказів, як **показання**, слід пам'ятати про те, що суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав, або отриманими в порядку ст. 225 КПК.

Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

Висновок або думка особи, яка дає показання, можуть визнаватися судом доказом, лише якщо такий висновок або думка корисні для ясного розуміння показань (їх частини) і ґрунтуються на спеціальних знаннях у розумінні ст. 101 КПК. При цьому якщо суд не визнав їх недопустимими доказами, інша сторона має право допитати особу згідно з правилами допиту експерта.

Сторони кримінального провадження мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів.

Зі свідками слід працювати: по-перше, свідків захисту треба готувати до процесу, щоб вони розуміли: що буде відбуватись у суді; які правила поведінки в залі судового засідання; який порядок допиту свідка; на які запитання свідок вправі не надавати відповіді, тощо; по-друге, обов'язково проводити перехресний допит щодо свідків обвинувачення; по-третє, вказувати на суперечність показань з іншими доказами.

Якісно продумана тактика допиту свідка може дати свої позитивні результати для захисту. Не забуваємо



про можливість компрементувати свідків: ставити свідку запитання щодо його можливості сприймати факти, про які він дає показання, а також щодо інших обставин, які можуть мати значення для оцінки достовірності показань свідка. Для доведення недостовірності показань свідка сторона має право надати показання, документи, які підтверджують його репутацію, зокрема щодо його засудження за завідомо неправдиві показання, обман, шахрайство або інші діяння, що підтверджують нечесність свідка. При цьому свідок зобов'язаний відповідати на запитання, спрямовані на з'ясування достовірності його показань (ч. 3 ст. 96 КПК).

Частиною 4 ст. 96 КПК визначена можливість повторного допиту свідка щодо попередніх показань, які не узгоджуються із його показаннями. Разом із тим пам'ятаємо, це стосується лише тих показань, які були дані суду (а не слідчому чи прокурору).

Досить часто свідки надають показання щодо подій та обставин, які ними безпосередньо не сприймалися. Суд може визнати доказами показання з чужих слів, якщо сторони погоджуються визнати їх доказами.

Суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів, якщо підозрюваний, обвинувачений створив або сприяв створенню обставин, за яких особа не може бути допитана.

Показання з чужих слів не може бути допустимим доказом факту чи обставин, на доведення яких вони надані, якщо показання не підтверджується іншими доказами.

1	матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні)
2	матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України
3	складені в порядку, передбаченому цим Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії
4	висновки ревізій та акти перевірок

Окремо звертаю увагу на те, що сторона обвинувачення не може ініціювати проведення перевірки на підставі вимог КПК, тому, у разі наявності дозволу слідчого судді на проведення перевірки, який на підставі ст. 309 КПК не включений до переліку ухвал, які підлягають окремому оскарженню, згідно з останньою позицією Верховного Суду — у справі № 243/6674/17-к — така ухвала таки підлягає оскарженню.

Важливо пам'ятати, що сторона кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної

У будь-якому разі, не можуть бути визнані допустимим доказом показання з чужих слів, якщо вони даються слідчим, прокурором, співробітником оперативного підрозділу або іншою особою стосовно пояснень осіб, наданих слідчому, прокурору або співробітнику оперативного підрозділу під час здійснення ними кримінального провадження.

Згідно зі ст. 98 КПК **речовими доказами** є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, у тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення. **Документи є речовими доказами, якщо вони містять ознаки, зазначені вище.**

Документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо, відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

До документів, за умови наявності в них зазначених вище відомостей, можуть належати:

особи, щодо якої здійснюється провадження, зобов'язані надати суду оригінал документа. Оригіналом документа є сам документ, а оригіналом електронного документа — його відображення, якому надається таке ж значення, як документа.

Дублікат документа (документ, виготовлений таким самим способом, як і його оригінал), а також копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах, виготовлені слідчим, прокуро-



ром із залученням спеціаліста, визнаються судом як оригінал документа.

У разі якщо достовірність доказу викликає сумніви, може бути проведена експертиза такого доказу, або його слід виключити із числа доказів (ч. 3 ст. 358 КПК), про що доречно подати письмове клопотання.

Щодо **висновків експертів**: вони не можуть ґрунтуватися на доказах, які визнані судом недопустимими. Також висновок експерта не є обов'язковим для особи або органу, яка здійснює провадження, але незгода з висновком експерта повинна бути вмотивована у відповідних постанові, ухвалі, вирокі.

Частиною 2 ст. 242 КПК визначені підстави для проведення обов'язкової експертизи. У разі якщо на стадії досудового розслідування не була проведена експертиза з питання, яке в обов'язковому порядку має бути вирішено лише експертом, наприклад щодо визначення розміру матеріальних збитків, то зазначене питання не може бути виріше-

но іншим засобом доказування, або виправлена ця прогалина за рахунок ст. 333 КПК, адже обов'язок проведення експертизи з цього питання був відомий стороні обвинувачення на стадії досудового розслідування, поважних причин незалучення експерта не може бути.

Згідно зі змінами до КПК дозвіл на проведення експертизи надається лише на підставі ухвали слідчого судді.

Окремо нагадую про наслідки невиконання ст. 290 КПК із завершення досудового розслідування. Це є підставою для недопуску відомостей, що містяться в них, як доказів. Тому невідкриття ухвали про надання дозволу на проведення НСРД чи постанови прокурора про її проведення є окремою підставою для визнання результатів проведення НСРД, очевидно, недопустимими доказами (додатково див. постанови Верховного Суду у справах № 751/7177/14, 748/3070/15-к, № 462/5338/14-к та № 748/3070/15-к).

ПОРУШУЮТЬ ТВОЇ ПРАВА?



КОМІТЕТ ЗАХИСТУ
ПРАВ АДВОКАТІВ НААУ

 телефонуй

(067) 692-44-43*

**гаряча лінія працює цілодобово*





ДЕЯКІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА СПАДКОВЕ МАЙНО ЗА БОРГАМИ СПАДКОДАВЦЯ



Олег Печений,

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

В умовах фінансової кризи, нестабільності національної економіки, наявності інших негативних чинників економічного характеру, спадкове майно стає доволі значним активом, який впливає на цивільний оборот у цілому. У зв'язку з цим постає питання про обіг спадкового майна, зокрема за наявності майнових обов'язків (боргів) спадкодавця і наявності відповідних претензій з їх боку до спадкоємців.

Питома вага спорів кредиторів спадкодавця, представлених здебільшого фінансовими установами, і спадкоємців має позитивну динаміку до зростання, разом із цим ці спори у судовій практиці мають складну природу, обумовлену складним характером правових зв'язків, у яких переплетені спадкові і договірні (позикові, кредитні та інші) правовідносини.

Наведене вимагає аналізу проблемних аспектів чинного законодавства щодо вирішення вимог кредиторів і практики його застосування судами, яка останнім часом зазнає певних змін.

Майнові обов'язки спадкодавця охоплюють перш за все його борги, які виникли з договорів та з інших підстав, що зумовлює зацікавленість кредиторів у задоволенні їхніх вимог спадкоємцями. Цивільне законодавство України питання відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця регламентує досить обмежено. Так, Цивільний кодекс України¹ містить лише дві статті, які стисло визначають порядок пред'явлення кредитором спадкодавця вимог до спадкоємців (ст. 1281 ЦК) і обов'язок спадкоємців задовольнити вимоги кредитора (ст. 1282 ЦК). Окремі питання нотаріального процесу визначаються Порядком вчинення

нотаріальних дій нотаріусами України², затвердженим наказом Міністерства юстиції № 296/5 від 22.02.12 р.

У п. 1 Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із життям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя, схвалених рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29.01.09 р., також зазначено, що з метою фіксації документальної інформації, необхідної для посвідчення нотаріусом переходу прав спадкодавця до спадкоємців, *нотаріус заводить*

¹ Далі за текстом — ЦК.

² Далі за текстом — Порядок № 296/5.



спадкову справу. Спадкова справа на майно та майнові права померлого на території України спадкодавця може бути заведена тільки одна. При встановленні факту одночасного відкриття декількох спадкових справ (наприклад, за місцем проживання спадкодавця і за місцезнаходженням спадкового майна), спадкові справи, відкриті з порушенням вимог ст. 1221 ЦК, повинні бути передані за належністю нотаріусу, до компетенції якого належать ведення конкретної спадкової справи.

СУТНІСТЬ ОBOB'ЯЗКІВ СПАДКОДАВЦЯ У СКЛАДІ СПАДЩИНИ: ТЕОРІЯ ТА ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД

Правова природа обов'язків спадкодавця у спадкових правовідносинах визначається неоднозначно — як *елемент складу спадщини*, до якої відповідно до ст. 1218 ЦК входять усі права і обов'язки спадкодавця, або ж як її *обтяження*. Відомий дослідник проблем спадкового права В. І. Серебровський писав, що борги спадкодавця, будучи обтяженням спадщини, не включаються до складу спадкової маси, вважаються такою собі «річчю в собі», що знаходиться поза спадковою масою, і протистоїть їй³. Натомість інші автори вказували на органічний зв'язок активу і пасиву спадщини і неможливість їх існування поза складом спадщини⁴.

Важливе значення має визначення складу спадщини та обмеження обсягу відповідальності спадкоємців. Останні не можуть відповідати за зобов'язаннями спадкодавця в обсязі, більшому ніж отримана ними спадщина.

У різних національних правопорядках ще з часів римського права склалося три основних підходи до цієї проблеми: *необмежена відповідальність спадкоємців*, *сепарація* (розмежування спадкового майна і особистого майна спадкоємців) та *інвентарна пільга* (відповідальність спадкоємців лише у межах вартості майна, включеного до опису).

Зазначені підходи у різних модифікаціях і співвідношеннях застосовуються у цивільному праві європейських країн, у тому числі й тих, в яких останнім часом було прийнято нові цивільні кодекси. Наприклад, новий ЦК Чеської Республіки, який діє з 01.01.14 р., містить правила про обмеження відповідальності

спадкоємців за допомогою інвентарної пільги. Борги спадкодавця передаються спадкоємцям, якщо інше не встановлено законом. Спадкоємець при прийнятті спадщини має право обумовити її прийняття застереженням про складання переліку спадкового майна, у такому разі він відповідає за боргами спадкодавця у межах вартості спадкового майна. У випадку, коли спадкоємець не скористався правом на таке застереження, не зробивши його при прийнятті спадщини, він відповідає за боргами спадкодавця у повному обсязі. Якщо і буде складено опис спадкового майна, то для відповідальності спадкоємця це не матиме правового значення (§§ 1701 — 1708 ЦК Чеської Республіки).

Чеський законодавець встановлює правило про спільність відповідальності кожного із спадкоємців, але кредиторі надається право від кожного із спадкоємців, який скористався застереженням щодо опису майна, вимагати виконання тільки у розмірі, що відповідає його частці у спадщині. Як бачимо, обмеженням обсягу відповідальності спадкоємців за цивільним законодавством Чехії є правило про інвентарну пільгу, скористатися якою спадкоємці можуть при прийнятті спадщини.

Спадкове право Франції, яке зазнало реформування у 2001 і 2006 роках, закріплює за спадкоємцями право на вибір між беззастережним прийняттям, що тягне необмежену відповідальність за боргами, і прийняттям в розмірі чистого активу (ст. 768 ФЦК) За загальним правилом прийняття вважається беззастережним. Схожі норми містить ЦК Нідерландів, який також визнає за спадкоємцями вибір між беззастережним прийняттям і прийняттям у розмірі чистого активу. Якщо хоча б один із спадкоємців прийняв спадщину із застереженням, відбувається сепарація і ліквідація спадщини самими спадкоємцями або призначеним ліквідатором.

Недобросовісні дії спадкоємців щодо приховування спадкового майна від опису мають наслідком втрату права на інвентарну пільгу і відповідно необмежену відповідальність перед кредиторами. В Україні складання опису спадкового майна є елементом заходів з охорони спадщини, які вживаються нотаріусом за зявою спадкоємців, інших заінтересованих осіб для захисту їх прав та інтересів, а не виконанням зобов'язань

³ Серебровський В. І. Очерки советского наследственного права. М. 1953. С. 55-57, 65.

⁴ Антимонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право. М.: Госюриздат, 1955. С. 80-81.



перед кредиторами. Отже, про жодну інвентарну пільгу не йдеться. На практиці складання опису спадкового майна нотаріусами України майже не зустрічається, бо є досить рідкісною нотаріальною дією.

Статтю 1282 ЦК визначає, що обсяг виконання обов'язку спадкоємців за боргами спадкодавця обмежується вартістю майна, одержаного ними у спадщину. Варто звернути увагу, що йдеться саме про вартість як грошову оцінку спадкового майна. Інакше кажучи, обов'язок спадкоємців обмежується вартістю майна, одержаного у спадщину, а не розміром їхньої частки у спадщині. Зазначене положення є складним для застосування у багатьох аспектах прикладного характеру: вид вартості (ринкова, балансова або інша), її визначення, документальне підтвердження, момент, на який визначається вартість спадкового майна (час відкриття спадщини або оформлення спадкових прав) тощо.

Іноземні правопорядки також визначають відповідальність спадкоємців за схоронність спадкового майна (відповідальність перед спадщиною), підстави та порядок банкрутства спадщини, черговість задоволення вимог спадкоємців у випадку банкрутства спадщини та в загальному порядку. Натомість національному спадковому праву зазначені інститути взагалі не відомі, що має бути враховано під час проведення модернізації законодавства України про спадкування.

Механізм правонаступництва у цивільних та інших майнових правовідносинах, учасником яких за життя був спадкодавець, включає декілька елементів, починаючи з моменту відкриття спадщини. При цьому правонаступництво настає не одночасно, а *стадію*, включаючи стадію заявлення кредиторами вимог до спадкоємців за боргами спадкодавця.

ВИМОГИ КРЕДИТОРІВ СПАДКОДАВЦЯ ТА ЇХ РОЗГЛЯД

Статтю 1281 ЦК визначено, що кредиторів спадкодавця належить протягом шести місяців від дня, коли він дізнався або міг дізнатися про відкриття спадщини, пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, незалежно від настання строку вимоги.

Якщо кредитор спадкодавця не знав і не міг знати про відкриття спадщини, він має право пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, протягом одного року від настання строку вимоги.

Ця стаття ЦК не визначає зміст і процедуру пред'явлення кредитором спадкодавця вимог до спадкоємців, однак визнає пред'явлення вимог до спадкоємців обов'язком кредитора.

Таким чином, пред'явлення кредитором вимог до спадкоємців є обов'язковим, звернення до суду з позовами до спадкоємців без попереднього пред'явлення до них вимоги неможливе. Нормативно-правові акти, що стосуються вчинення нотаріальних дій, таку вимогу кредитора називають *претензією*. Так, Порядком № 296/5 *претензії кредиторів* спадкодавця визначені однією з підстав заведення нотаріусом спадкової справи (п.п. 2.1 п. 2 глави 10 розділу II Порядку № 296/5).

У випадку вчинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України консул за місцем відкриття спадщини в строк, установлений ст. 1281 ЦК, приймає претензії від кредиторів спадкодавця. Претензії мають бути заявлені у письмовій формі і прийняті незалежно від строку настання права вимоги. Про претензію, що надійшла, консул повідомляє спадкоємців, які прийняли спадщину, або виконавця заповіту (п.п. 3.11.17 п. 3.11 розділу 3 Положення про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України від 27.12.04 р. № 142/5/310).

Наслідком невиконання обов'язку пред'явити вимогу до спадкоємців у встановлені строки є позбавлення кредитора права вимоги.

Наступною стадією механізму правонаступництва є розгляд і задоволення спадкоємцями вимог кредиторів.

ВИМОГИ КРЕДИТОРІВ І ВИЗНАЧЕННЯ СПОСОБУ ЗАХИСТУ

Відповідно до ст. 1282 ЦК кожен із спадкоємців зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора особисто, у розмірі, який відповідає його частці у спадщині. Вимоги кредитора спадкоємці зобов'язані задовольнити шляхом одноразового платежу, якщо домовленістю між спадкоємцями та кредитором інше не встановлено. У разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі.



При застосуванні цієї норми постало питання про спосіб захисту, з яким звертається до суду кредитор спадкодавця, тобто чи може він у позові поставити питання про стягнення боргу або ж про накладення стягнення на спадкове майно в натурі. При цьому варто звернути увагу на нову редакцію абз. 12 ч. 2 ст. 16 ЦК (із змінами, внесеними згідно із Законом України від 03.10.17 р. № 2147), за якою окрім способів захисту, перелічених у цій статті, **суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках**. Але наведена норма носить загальний характер і поступається у конкуренції застосування при наявності спеціальних норм, які розміщено в інших главах ЦК, присвячених конкретним правовідносинам.

Системний аналіз зазначених норм ЦК (ст. 1282 ЦК) дає підстави вважати, що задоволення вимоги кредитора до спадкоємців шляхом одноразового платежу, тобто шляхом сплати грошових коштів, можливе лише в позасудовому порядку. Судовий же спосіб захисту порушеного права кредитора, у разі відмови спадкоємців від одноразового платежу, полягає у пред'явленні до спадкоємців **позову про накладення стягнення на майно, яке було передане їм у натурі**.

Питання щодо застосування цієї норми поставлено для вирішення Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду.

При цьому з метою усунення розбіжностей у правозастосуванні ухвалою Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду справу передано на розгляд Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду.

Стосовно обрання способу захисту у постанові Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 25.04.18 р. (справа № 645/3265/13-ц, провадження № 61-5552свп18) зазначено таке.

Відповідно до структури ЦК у книзі першій розділу I «Основні положення» у ст. 16 визначені загальні способи захисту цивільних прав та інтересів. Ці способи захисту є універсальними для всіх правовідносин та можуть бути застосовані особою для врегулювання спірних правовідносин. Застосовувані способи захисту цивільних прав мають відповідати характеру спірних правовідносин та природі спору, що існує між сторонами.

Аналіз структури та змісту ЦК дає підстави для висновку, що застосування спеціальних способів захисту, які визначені законодавцем для захисту окремих категорій цивільних прав, не виключає можливості також застосовувати загальні способи захисту цивільних прав та інтересів.

Зокрема, відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК у разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі.

У наведеній нормі права передбачається спеціальний, додатковий за своєю правовою природою, спосіб захисту цивільних прав та інтересів кредитора спадкодавця в разі, якщо спадкоємці не виконують його вимоги. Ані зі змісту, ані з системного аналізу наведеного правила у зв'язку з іншими нормами ЦК Верховний Суд не має правових підстав зробити висновку, що такий спосіб захисту є єдино можливим.

Верховний Суд зробив висновок, що застосування правила ст. 1282 ЦК не виключає можливості застосування альтернативного способу захисту, зокрема п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК про примусове виконання обов'язку в натурі.

Тлумачення ж ст. 1282 ЦК окремо від інших норм ЦК позбавить кредитора права на захист своїх цивільних прав та інтересів у тому випадку, якщо на час його звернення до суду з відповідною позовною вимогою майно, яке було передано спадкоємцю у натурі, не збереглося.

Відповідно до структури ЦК кредитор має право обирати один із усіх способів захисту, які надаються йому законом, якщо інакше правило в імперативному порядку не визначено у цивільному законі. При цьому вибір способу захисту кредитор здійснює на власний розсуд.

Відповідно до ст. 5 ЦПК застосовуваний судом спосіб захисту цивільного права має відповідати критерію ефективності. Тобто цей спосіб має бути дієвим, а його реалізація повинна мати наслідком відновлення порушених майнових або немайнових прав та інтересів управомоченої особи.

Таке розуміння права кредитора на обрання ефективного способу захисту не порушуватиме прав та інтересів спадкоємців, оскільки завжди в основі вирішення питання про прийняття спадщини лежить вольовий акт, пов'язаний із наміром спадкоємця прийняти спадщину.



Надаючи правову оцінку належності обраного позивачем способу захисту, судам належить зважати й на його ефективність з точки зору ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁵. У §145 рішення від 15.11.96 р. у справі «Chahal v. the United Kingdom», заява № 22414/93, ЄСПЛ зазначив, що згадана норма гарантує на національному рівні ефективні правові способи для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни. Таким чином, суть цієї статті зводиться до вимоги надати особі такі способи правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по суті скарги на порушення положень Конвенції й надавати відповідний судовий захист, хоча держави-учасники Конвенції мають деяку свободу розсуду щодо того, яким чином вони забезпечують при цьому виконання своїх зобов'язань. Крім того, ЄСПЛ указав на те, що за деяких обставин вимоги ст. 13 Конвенції можуть забезпечуватися всією сукупністю способів, що передбачаються національним правом.

У ст. 13 Конвенції гарантується доступність на національному рівні засобу захисту, здатного втілити в життя сутність прав та свобод за Конвенцією, у якому б вигляді вони не забезпечувались у національній правовій системі. Таким чином, ст. 13 вимагає, щоб норми національного правового засобу стосувалися сутності «небезпідставної заяви» за Конвенцією та надавали відповідне відшкодування, хоча Держави-учасниці мають певну свободу розсуду щодо способу, у який вони виконують свої зобов'язання за цим положенням Конвенції. Зміст зобов'язань за ст. 13 також залежить від характеру скарги заявника за Конвенцією. Тим не менше, засіб захисту, що вимагається ст. 13, має бути «ефективним» як у законі, так і на практиці, зокрема у тому сенсі, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів влади відповідної держави (§ 75 рішення ЄСПЛ у справі «Афанасьєв проти України» від 05.04.05 р., заява № 38722/02).

Іншими словами, ефективний спосіб захисту повинен забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості такого поновлення — гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшко-

дування. Тим більше, що пріоритет норм міжнародного права за наявності колізій з внутрішнім законодавством надає судам України досить широкі повноваження при обранні джерела права задля вирішення конкретного спору.

Саме таке розуміння особливостей захисту прав кредиторів у спадкових відносинах відповідає основній меті цивільного права, якою є забезпечення стабільності цивільного обороту.

Зважаючи на наведене, обґрунтованим є висновок суду першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд, що ПАТ «УкрСиббанк» вправі вимагати з відповідачів стягнення суми заборгованості за кредитними договорами, оскільки обов'язок спадкоємців боржника перед позикодавцем (кредитором) спадкодавця полягає у поверненні сум за кредитом та іншими нарахуваннями за позику, що виникли до дня смерті спадкодавця, але в межах вартості одержаного у спадок майна та відповідно до розміру часток кожного з них.

Доводи касаційної скарги, що позивач не надав жодних належних та допустимих доказів обізнаності спадкоємців із вимогою кредитора та порушення банком порядку пред'явлення такої вимоги, не заслуговують на увагу, оскільки вимога може бути заявлена кредитором безпосередньо спадкоємцю, а також через нотаріуса за місцем відкриття спадщини, який у строк, встановлений ст. 1281 ЦК, приймає вимоги кредиторів спадкодавця. У цьому випадку ПАТ «УкрСиббанк» скористався своїм правом подати вимогу через нотаріуса. Банку не було відмовлено у прийнятті вимоги кредитора і не було рекомендовано звернутись із такою вимогою за місцезнаходженням спадкової справи⁶.

Таким чином, у вказаній постанові міститься правова позиція щодо *вільного вибору* позивачем-кредитором способу захисту між визначеними у загальній нормі, якою є ч. 2 ст. 16 ЦК, і спеціальній (абз. 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК). Відповідно за наявності конкуренції цих норм кредитор як позивач самостійно вирішує, яку правову норму йому слід застосувати і який спосіб захисту з двох запропонованих слід обрати. В силу цієї правової позиції суд не вправі відмовити у позові з підстав неправильного способу захисту.

Разом із цим практика судів за позовами кредиторів спадкодавця до спадкоємців залишається

⁵ Далі за текстом — Конвенція.

⁶ Див. ЄДРСР. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74120911>.



суперечливою. Так, Ленінський районний суд м. Харкова заочним рішенням від 13.08.18 р. у справі № 642/6955/16-ц, провадження № 2/642/146/18, задовольнив позовні вимоги кредитора про звернення стягнення на спадкове майно, зазначивши, що *аналіз структури та змісту ЦК дає підстави для висновку, що застосування спеціальних способів захисту, які визначені законодавцем для захисту окремих категорій цивільних прав, не виключає можливості також застосовувати загальні способи захисту цивільних прав та інтересів.*

Зокрема, відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК у разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі.

У наведеній нормі права передбачається спеціальний, додатковий за своєю правовою природою, спосіб захисту цивільних прав та інтересів кредитора спадкодавця в разі, якщо спадкоємці не виконають його вимоги.

Суд зробив висновок, що застосування правила ст. 1282 ЦК не виключає можливості застосування альтернативного способу захисту, зокрема п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК, про примусове виконання обов'язку в натурі.

Враховуючі викладене, заявлені позовні вимоги про звернення стягнення на спадкове майно, яке передане спадкоємцеві у натурі, а саме на житловий будинок № 2 по вул. Праці в м. Харкові, в рахунок погашення вказаної заборгованості спадкодавця, у межах суми боргу, є обґрунтованими та підлягають задоволенню⁷.

Натомість, в іншій справі Дніпровський районний суд м. Києва (рішення від 30.05.18 р. у справі № 755/1694/18, провадження № 2/755/1988/18) за схожих обставин зробив протилежні висновки щодо неприйнятності такого способу захисту.

Виходячи зі змісту позовних вимог, позивач, з посиланням на положення ст. 1282 ЦК, просить суд у рахунок погашення боргу спадкодавця перед кредитором у розмірі 7175000,00 грн. накласти стягнення на користь кредитора на передане в натурі спадкоємцям спадкове майно пропорційно їх часткам, у межах його вартості.

Разом з тим, як убачається з матеріалів справи та не заперчується позивачем та відповідачем, свідоцтва про право на спадщину щодо успадкованого

відповідачами після померлої майно, приватним нотаріусом не видані.

Виходячи з наведеного, відсутні підстави вважати, що спадщина від померлої передана відповідачам в натурі.

При цьому суд враховує, що відсутність у спадкоємців свідоцтв про право на спадщину не може бути підставою для відмови у задоволенні вимог кредитора, однак виходячи з встановлених судом фактичних обставин справи, обраний позивачем спеціальний спосіб захисту є помилковим та неефективним.

Як вже зазначалося вище, застосовувані способи захисту цивільних прав мають відповідати характеру спірних правовідносин та природі спору, що існує між сторонами. Ефективний спосіб захисту повинен забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості такого поновлення — гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування.

З роз'яснень, викладених у п. 27 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» № 7 від 30.05.08 р., вбачається, якщо спадкоємець прийняв спадщину стосовно нерухомого майна, але зволікає з виконанням обов'язку, передбаченого ст. 1297 ЦК, зокрема з метою ухилення від погашення боргів спадкодавця, кредитор має право звернутися до нього з вимогою про погашення заборгованості спадкодавця.

Отже, в цьому випадку єдиним належним та ефективним способом захисту є звернення позивача з позовом про стягнення боргів спадкодавця з його спадкоємців у межах вартості прийнятої спадщини, що буде справедливим по відношенню до законних інтересів та правомірних очікувань кредитора, а також не викличе сумнівів у необхідності додаткових роз'яснень при примусовому виконанні⁸.

Як бачимо, у питанні способу захисту прав кредиторів про розгляді їхніх вимог до спадкоємців, судова практика залишається нестабільною, незважаючи на наявність правової позиції з цього приводу Верховного Суду.

При цьому аналіз наведених судових рішень судів першої інстанції свідчить, що судами при відмежуванні способів захисту у вигляді вимог про стягнення боргу

⁷ Див. ЄДРСР. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75984972>.

⁸ Див. ЄДРСР. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74806235>.



і накладення стягнення на майно застосовується критерій наявності у спадкоємців свідоцтва про право на спадщину, що свідчить про передання спадкоємцям майна в натурі. Якщо свідоцтво про право на спадщину було отримане спадкоємцем, то кредитор вправі пред'явити позов про звернення (накладення) стягнення на спадкове майно у натурі, у випадку, якщо спадкоємцю, який прийняв спадщину, не було видане свідоцтво про право на спадщину, кредитор має звертатися із позовом про стягнення заборгованості.

ДОВЕДЕНІСТЬ ВИМОГ КРЕДИТОРІВ

Окрім визначення і застосування способу захисту у справах за позовами кредиторів виникає загальне питання про обґрунтованість і доведеність позовних вимог. Зокрема, до предмету доказування у цій категорії справ входять факти прийняття спадкоємцями спадщини в установленому порядку (ч. 3, 4 ст. 1268, ч. 1 ст. 1269 ЦК) та наявності спадкового майна, яке було передане спадкоємцям у натурі (абз. 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК).

Недоведеність зазначених фактів стала підставою для ухвалення рішення про відмову кредиту в особі банку у позові про стягнення заборгованості за кредитним договором.

Відхиляючи касаційну скаргу банку, Верховний Суд у постанові від 11.07.18 р. у справі № 551/19/17, провадження № 61-12874св18, при оцінці доводів скарги зазначив, що:

(а) позивачем не доведено та не обґрунтовано, що відповідач є спадкоємцем померлого позичальника на підставі відносин спорідненості або шлюбу, дійсного на момент відкриття спадщини;

(б) позивачем не з'ясовано, судами не встановлено дійсне коло спадкоємців, які прийняли спадщину після нього, зокрема не з'ясовано, чи прийняли спадщину його діти, зазначені у анкеті-заяві про приєднання до Умов та правил надання банківських послуг;

(в) позивачем не доведено, судами не встановлено, що відповідачка за правилами ч. 3 ст. 1268 ЦК України постійно проживала разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, оскільки з наявних документів неможливо встановити час, протягом якого позичальник та відповідач проживали за встановленою адресою, а відповідно, чи було це місце проживання спільним для них.

Верховний Суд має враховувати, що навіть припущення про те, що мало місце прийняття спадщини спадкоємцем у порядку ч. 3 ст. 1268 ЦК, не є достатньою правовою підставою для стягнення заборгованості за кредитним договором з врахуванням наведеного.

Відмовляючи у задоволенні позову, суд першої інстанції встановив відсутність у спадкоємця спадкового майна, в межах якого цей спадкоємець має відповідати перед банком за успадкованими зобов'язаннями за кредитним договором. З такими висновками погодилися апеляційний та касаційний суди⁹.

⁹ Див. ЄДРСР. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75581272>.



УТРИМАННЯ ОДНОГО ІЗ ПОДРУЖЖЯ ПІСЛЯ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ: ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ



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

Відповідно до домінуючих у суспільстві моральних засад шлюб передбачає взаємну турботу подружжя, яка включає матеріальну підтримку один одного. Обов'язок щодо взаємної матеріальної підтримки покладається на дружину і чоловіка, тобто існує протягом шлюбу. Такий обов'язок подружжя передбачений чинним законодавством безпосередньо у ст. 75 Сімейного кодексу України¹ та встановлює, що подружжя зобов'язане матеріально підтримувати один одного, а також надавати утримання тому з подружжя, який є непрацездатним, потребує матеріальної допомоги, за умови, що другий із подружжя може надавати матеріальну допомогу.

До умов виплати утримання можна віднести обставини, з якими сторони пов'язують виникнення права на аліменти. При цьому такі обставини можуть стосуватися як утриманця (досягнення певного віку, тимчасова відсутність роботи тощо), так і наявності у платника можливості сплачувати встановлений розмір утримання (постійного місця роботи або доходу від визначеного роду занять: зайняття підприємництвом, ведення фермерського господарства тощо).

Згідно із ч. 2 ст. 72 СК у примусовому порядку, коли ухвалюється судове рішення, аліменти присуджуються, як правило, у грошовій формі.

Крім того, подружжя може домовитися про матеріальну участь у додаткових витратах на утримання одного з них за наявності особливих обставин (у зв'язку з навчанням, розвитком здібностей, зайняттями спортом, оздоровленням, хворобою, каліцтвом тощо).

Згідно з вимогами чинного сімейного законодавства аліменти виплачуються щомісячно.

Виплата коштів на утримання може здійснюватися шляхом передання готівки з оформленням розписки

про отримання, перерахування на банківський рахунок отримувача, надсилання поштового переказу на ім'я отримувача тощо. Сторони також можуть домовитися щодо місця виконання грошового зобов'язання. В іншому разі застосуванню підлягатиме норма п. 4 ч. 1 ст. 532 Цивільного кодексу України², згідно з якою таке зобов'язання виконується за місцем проживання кредитора.

Згідно з положеннями ч. 2 — 4 ст. 75 СК право на утримання (аліменти) має той із подружжя, хто є непрацездатним, потребує матеріальної допомоги, за умови, що другий із подружжя може надавати матеріальну допомогу.

Поняття непрацездатності визначається у ст. 1 Закону України від 09.07.03 р. № 1058 «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»³ та ч. 3 ст. 75 СК, відповідно до якої під непрацездатним громадянином розуміється особа, яка досягла встановленого законом пенсійного віку або визнана інвалідом, а також особа, яка має право на пенсію у зв'язку із втратою годувальника відповідно до цього Закону.

¹ Далі за текстом — СК.

² Далі за текстом — ЦК.

³ Далі за текстом — Закон № 1058.

Частина 5 ст. 75 СК додатково встановлює обмеження у праві на утримання. Так, не має права на утримання той із подружжя, хто негідно поведився у шлюбних відносинах, а також той, хто став непрацездатним у зв'язку із вчиненням умисного злочину, якщо цей факт встановлено судом. Негідна поведінка, яка слугує обмеженням права на отримання аліментів після розірвання шлюбу, може мати місце лише у разі перебування жінки та чоловіка у законному (зареєстрованому органами ДРАЦС) шлюбі. Прояви такої негідної поведінки можуть виявлятися у зловживанні спиртними напоями, токсичними, наркотичними засобами, вчиненні кримінальних, адміністративних проступків проти другого з подружжя, нехтуванні виконанням сімейних обов'язків тощо.

Звертає на себе увагу те, що правило, закріплене в положеннях ч. 5 ст. 75 СК, стикається з положенням п. 2 ч. 1 ст. 83 СК і спричиняє певні колізії в сімейно-правовій науці. Згідно з ч. 5 ст. 75 СК внаслідок скоєння злочину право на утримання не виникає, а п. 2 ч. 1 ст. 83 СК проголошує, що за цієї обставини особа може бути позбавлена права на утримання. У зв'язку з цим виникає питання про можливість позбавлення права, яке не виникає⁴, й обмеження права, яке відсутнє.

Один із подружжя також вважається таким, що потребує матеріальної допомоги, якщо заробітна плата, пенсія, доходи від використання його майна, інші доходи не забезпечують йому прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Право на утримання після розірвання шлюбу регламентується ст. 76 СК, відповідно до якої:

1	розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло у неї за час шлюбу
2	після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги та якщо її колишній чоловік (колишня дружина) може надавати матеріальну допомогу

Аналіз зазначених норм матеріального права дає підстави для висновку, що аліментні зобов'язання на утримання одного з подружжя за ст. 76 СК можуть призначатися за наявності перелічених юридичних складових — сукупності певних умов.

У п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 15.05.06 р. № 3 «Про застосування судами окремих норм сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» зазначено, що, вирішуючи питання стосовно розміру аліментів, суд повинен урахувати:

- стан здоров'я, матеріальне становище дитини і платника аліментів;
- наявність в останнього інших неповнолітніх і повнолітніх дітей, непрацездатних чоловіка, дружини, батьків;
- інші обставини, що мають істотне значення.

Належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування. Сторони мають право обґрунтовувати належність конкретного доказу для підтвердження їх вимог або заперечень. Судом має бути встановлена сукупність юридичних фактів, які б давали право отримувачу на утримання другим із подружжя,

зокрема, доказів: на підтвердження його непрацездатності (інвалідність або пенсійний вік), потреби в матеріальній допомозі (відомості про суму виплачених доходів та утриманих податків за поточний рік) і спроможності другого з подружжя надавати матеріальну допомогу (даних про його працевлаштованість).

Згідно із правовою позицією Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України, висловленою в рішенні від 13.04.16 р. у справі № 6-3066цс15, коли особа отримує пенсію по інвалідності, що забезпечує її прожитковий мінімум, установлений законом для осіб, які втратили працездатність, її не можна вважати особою, яка потребує матеріальної допомоги.

Відповідно, при розгляді справ щодо надання утримання одному з подружжя при настанні інвалідності у судовому провадженні суд має встановити рівень прожиткового мінімуму того з подружжя, який потребує утримання, враховуючи доходи, які призначаються інваліду, та можливість працювати. Тобто для отримання утримання від другого подружжя прожитковий мінімум має бути нижчим від встановленого законом на момент подання позову.

⁴ Див.: Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х.: Ксилон, 2008. С. 256.



Встановлення прожиткового мінімуму відбувається на підставі Закону України «Про державний бюджет на <...> рік». Згідно зі ст. 7 Закону України

від 07.12.17 р. № 2246 «Про Державний бюджет України на 2018 рік»⁵ у поточному 2018 році прожитковий мінімум на одну особу в розрахунку на місяць становить:

з 1 січня	з 1 липня	з 1 грудня
1700,00 грн.	1777,00 грн.	1853,00 грн.

І якщо у процесі судового провадження буде з'ясовано, що прожитковий мінімум для непрацездатної особи у році, в якому розглядається справа, складає суму, яка є нижчою, ніж пенсія по інвалідності, що забезпечує прожитковий мінімум, установлений законом для осіб, які втратили працездатність, то особу не можна вважати такою, яка потребує матеріальної допомоги. Це підтверджується рішенням Олевського районного суду Житомирської області від 22.03.18 р. у справі № 287/342/17-ц⁶.

За матеріалами однієї зі справ позивач зазначила, що під час перебування у шлюбі вона захворіла і у 2014 році стала інвалідом другої групи. 01.02.17 р. їй була встановлена II група інвалідності безстроково та заборонена важка праця. На цей момент вона отримує пенсію у розмірі 1312 грн., якої їй не вистачає на проживання та лікування, через що вона потребує матеріальної допомоги з боку колишнього чоловіка. Відповідач матеріальну допомогу на утримання дитини та позивачки не надає, хоча за законом зобов'язаний їх утримувати, що змусило позивачку звернутися з позовом до суду.

Виписками з медичних карток амбулаторного (стаціонарного) хворого підтверджується, що ОСОБА_1 постійно потребує амбулаторного і стаціонарного лікування, консультацій лікарів, прийому медичних препаратів.

Тобто позивачка є непрацездатною особою, інвалідність нею отримана під час перебування у шлюбі з відповідачем, тому в розумінні ч. 3 ст. 75 СК вона є непрацездатною дружиною.

Відповідач не повідомив суд про наявність обставин, що мають істотне значення при вирішенні судом питання щодо розміру аліментів і не надав суду доказів

того, що він позбавлений можливості сплачувати аліменти на утримання дитини та дружини у запропонованому позивачем розмірі. У зв'язку з наведеним суд вважає, що заявлені вимоги обґрунтовані та підлягають задоволенню (див.: рішення Черкаського районного суду Черкаської області від 25.07.18 р у справі № 707/959/18⁷).

В іншій справі позивачці було відмовлено у задоволенні вимог, оскільки, для задоволення позову, суд, окрім установлення рівня прожиткового мінімуму того з подружжя, який потребує утримання, отримувач має надати належні та допустимі докази на підтвердження того, що інший із подружжя має можливість надавати матеріальну допомогу (див.: рішення Біляївського районного суду Одеської області від 20.07.18 р. у справі № 496/703/18⁸).

Також, виходячи з позиції Верховного Суду України у справі № 6-1111цс17, що викладена у постанові від 16.08.17 р.⁹, суд, стягуючи аліменти на підставі ст. 75 та 76 ЦК України, повинен серед іншого перевірити всі доходи позивача і встановити, що їх рівень нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом на момент подання позову. Тільки тоді вважатиметься, що непрацездатна особа дійсно потребує матеріальної допомоги. У цій справі позивач отримував пенсію по інвалідності та орендну плату за земельний пай, тому його доходи були вищими, ніж прожитковий мінімум для непрацездатних осіб, через що він не мав права на аліменти від колишнього подружжя.

Зауважимо, що судом з'ясовується тип непрацездатності особи (інвалідність або пенсійний вік), причини та час виникнення непрацездатності, співвідношення непрацездатності з моментом розірвання шлюбу, тривалість спільного проживання у шлюбі.

⁵ Далі за текстом — Закон № 2246.

⁶ Див. ЄДРПР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73042021#>.

⁷ Див. ЄДРПР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75786185#>.

⁸ Див. ЄДРПР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75540809#>.

⁹ Див. ЄДРПР: URL : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/D31E2381F16919F4C225818A00306C96](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/D31E2381F16919F4C225818A00306C96).



Залежно від зазначених обставин варіюється і тривалість існування права на утримання.

Для отримання утримання одним із подружжя має значення обставина, за якою коли виникла непрацездатність: до укладення шлюбу, розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу.

Так, згідно рішення Бучацького районного суду Тернопільської області від 02.05.18 р. у справі № 595/117/18¹⁰ суд вважає, що позов не підлягає задоволенню, виходячи з такого.

Сторони перебували у шлюбі, який було зареєстровано 09.08.05 р. та розірвано від 14.09.15 р.

Позивачка є інвалідом III групи внаслідок загального захворювання, що підтверджується довідкою МСЕК від 15.11.17 р., інвалідність установлена довічно. Вона отримує пенсію по інвалідності в розмірі 1452 грн.

Після розірвання шлюбу з позивачкою відповідач ОСОБА_4 створив нову сім'ю, що підтверджується свідоцтвом про шлюб від 28.09.17 р.

Аналіз зазначених норм матеріального права дає підстави для висновку, що аліментні зобов'язання на утримання одного з подружжя можуть призначатися за наявності юридичних складових — сукупності певних умов, зокрема: перебування у зареєстрованому шлюбі або після розірвання шлюбу, якщо особа стала непрацездатною до розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу, а також коли вона стала інвалідом після спливання одного року від дня розірвання шлюбу, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього чоловіка (колишньої дружини) під час шлюбу; непрацездатність одного з подружжя; потреба в матеріальній допомозі; нижчий від прожиткового мінімуму рівень матеріального забезпечення.

Отже, право на утримання (аліменти) має непрацездатна особа, яка не забезпечена прожитковим мінімумом, що узгоджується із правовим висновком Верховного Суду України у вищевказаній справі № 61111-цс/17.

Судом встановлено, що на час звернення до суду, станом на 24.01.18 р., та на час розгляду справи судом, позивачка отримує пенсію по інвалідності як інвалід третьої групи в розмірі 1452 грн. щомісячно, вона стала непрацездатною у 2003 році, тобто до шлюбу

з відповідачем, і за законом не вважається такою, що потребує матеріальної допомоги. У судовому засіданні позивачка не довела належними та допустимими доказами ту обставину, що відповідач має можливість надавати матеріальну допомогу.

1. Особа має право на утримання і тоді, коли вона стала інвалідом після спливання одного року від дня розірвання шлюбу, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього чоловіка (колишньої дружини) під час шлюбу.

2. Якщо на момент розірвання шлюбу жінці/чоловікові до досягнення встановленого законом пенсійного віку залишилося не більш як п'ять років, вона/він матимуть право на утримання після досягнення цього пенсійного віку, за умови, що у шлюбі вони спільно проживали не менш як десять років.

3. Якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими обставинами, що мають істотне значення, один із подружжя не мав можливості отримати освіту, працювати, зайняти відповідну посаду, він має право на утримання у зв'язку з розірванням шлюбу і тоді, якщо є працездатним, за умови, що потребує матеріальної допомоги і колишній чоловік (колишня дружина) може надавати матеріальну допомогу.

Такий нормативно визначений підхід може бути пов'язаний насамперед із тим, що «український законодавець підкреслює, що досягнення одного з подружжя не є їх спільним досягненням, і якщо чоловік/дружина не міг/не могла зробити собі кар'єру, досягти певного соціального та матеріального рівня, допомагаючи зробити кар'єру іншому з подружжя, то він/вона має право лише на короткострокове утримання від іншого з подружжя, але в жодному разі не на половину всіх прибутків»¹¹.

Матеріальна підтримка подружжям один одного може виникати внаслідок укладення законного шлюбу, триває протягом шлюбу і припиняється в разі його розірвання. Зазначений обов'язок, покладений на зобов'язану особу (чоловіка, дружину), жодним чином не пов'язаний зі станом здоров'я, віком того з подружжя, який не мав самостійного заробітку чи доходу. Отже, зазвичай матеріальна підтримка має місце і тоді, коли жодних правових підстав для цього немає,

¹⁰ Див. ЄДРСР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74013252#>.

¹¹ Липець Л. В. Нетрадиційне майно як об'єкт спільної власності подружжя. Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України: матеріали круглого столу (25 травня 2006 р., м. Київ). Х.: Ксилон, 2007. С. 92 — 94.



проте діє принцип побудови майнових відносин подружжя. У свою чергу, механізм державного примусу застосовується лише в тому разі, коли за наявності передбачених законом підстав виникло і порушується право на утримання¹².

Відповідно до ст. 91 СК фактичні подружжя, які довгий час проживали спільно однією сім'єю, і той з них, хто став непрацездатним під час цього проживання, має право на утримання за правилами ст. 76 СК, але за такими винятками:

— якщо жінка та чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, тривалий час проживали однією сім'єю, той із них, хто став непрацездатним під час спільного проживання, має право на утримання відповідно до ст. 76 СК;

— жінка та чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, мають право на утримання в разі проживання з нею, ним їхньої дитини, відповідно до ч. 2 — 4 ст. 84 та ст. 86 та 88 СК;

— право жінки та чоловіка на утримання припиняється з підстав, установлених пп. 2 та 4 ст. 83, ст. 85, 87 та 89 СК.

Надання матеріальної допомоги за судовим рішенням пов'язане із встановленням можливості її надання. Так, у справі № 1414/4126/2012, рішення Корабельного районного суду м. Миколаєва від 13.12.12 р.¹³, судом було з'ясовано, що відповідач не має змоги допомагати позивачці як колишній дружині, оскільки сам проживає разом із 82-річними батьками-пенсіонерами, має кредитні зобов'язання перед банком і матеріально допомагає їх спільному синові, який залишився без роботи. Відповідач підтвердив, що стан здоров'я у нього задовільний, він не є інвалідом і на обліках не перебуває. З 1992 року він є військовим пенсіонером, отримує пенсію та працює. Позивачка є працездатною і працює в дошкільному навчальному закладі м. Миколаєва № 103 вихователькою, її посадовий оклад становить 142,00 гривні, що підтверджується довідкою централізованої бухгалтерії Управління освіти Миколаївської міської ради № 2251 від 01.11.12 р.

Як убачається з довідки Жовтневої ЦРЛ № 3569 від 13.09.12 р., позивач перебуває на диспансерному обліку та під наглядом терапевта й ендокринолога.

Відповідач же отримує пенсію за вислугу років у розмірі 3493,93 грн. і працює в ПАТ, середня заробіт-

на плата становить 3842,83 грн., що підтверджується наданими довідками.

Суд при порівнянні матеріального становища сторін ураховує, що доходи відповідача перевищують доходи позивачки, однак закон не передбачає зрівняння матеріального стану дружини та чоловіка. Крім того, суд ураховує, що відповідач має фінансові зобов'язання перед банківською установою, де щомісячний платіж складає не менше 1231,48 грн., а також те, що відповідач не має власного житла.

Також суд ураховує наявність у сторін двох повнолітніх синів, один із яких працює і може надавати матеріальну допомогу батькам. Право на таке утримання від повнолітніх синів мають як позивачка, так і відповідач, однак цим правом вони не скористалися.

Норма ч. 4 ст. 76 СК передбачає, якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими обставинами, що мають істотне значення, один із подружжя не мав можливості отримати освіту, працювати, зайняти відповідну посаду, він має право на утримання у зв'язку з розірванням шлюбу і тоді, якщо є працездатним, за умови, що потребує матеріальної допомоги і колишній чоловік (колишня дружина) може надавати матеріальну допомогу. Право на утримання у цьому випадку триває протягом 3 років від дня розірвання шлюбу.

Шлюб між сторонами було припинено на підставі рішення суду м. Арциза Одеської області від 10.04.95 р., однак це рішення було зареєстроване в Корабельному відділі державної реєстрації актів цивільного стану Миколаївського міського управління юстиції 01.03.08 р., актовий запис № 71, тому шлюб вважається припиненим 01.03.13 р. Отже, з моменту розірвання шлюбу минуло три роки, тому право позивачки на утримання від відповідача як від свого колишнього чоловіка втрачене. За таких підстав позовні вимоги не підлягають задоволенню.

Право одного з подружжя на утримання у зв'язку з розірванням шлюбу в разі відсутності можливості отримати освіту, працювати, зайняти відповідну посаду має бути обґрунтоване неможливістю розвивати свою кар'єру та забезпечувати себе фінансово самостійно. Так, за матеріалами справи № 646/2918/18, рішення Червонозаводського районного суду м. Харкова

¹² Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х.: Ксилон, 2008. С. 256.

¹³ Див. ЄДРСР: URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71694971>.



від 30.05.18 р.¹⁴, спільне життя позивачки з відповідачем не склалось, у зв'язку з чим шлюбні відносини між сторонами були припинені близько року тому, спільного господарства не ведуть, примирення між ними неможливе. У матеріалах справи відсутня інформація щодо наявності у сторін спільної дитини, доказів на підтвердження того, що позивачка під час перебування у шлюбі стала непрацездатною. Позивачкою не обґрунтована неможливість розвивати кар'єру в період перебування у шлюбі у зв'язку певними обставинами. Слід звернути увагу, що шлюб між сторонами було зареєстровано 20.08.16 р. та згідно з позовною заявою фактичні шлюбно-сімейні відносини були припинені рік тому, тобто приблизно у травні 2017 року. Таким чином, судом було встановлено, що сторони перебували у шлюбі менше одного року. Таким чином, суд доходить висновку про відсутність підстав для задоволення позову в цій частині та стягнення з відповідача аліментів на утримання дружини.

Зауважимо, що потреба матеріальної допомоги не може базуватися на домовленостях між подружжям щодо виходу/невиходу на роботу. Крім цього, оскільки право на утримання (аліменти) має непрацездатна особа, яка не забезпечена прожитковим мінімумом, то наявність освіти і власних коштів, зокрема від договору строкового банківського вкладу, які остання витратила на власні потреби, відсутність інвалідності не підтверджують потребу в матеріальній допомозі.

У наступній справі позивачка звернулася з позовною заявою, зазначаючи, що потребує матеріальної допомоги (Рішення Дніпровського районного суду м. Києва від 01.08.18 р. у справі № 755/14947/17)¹⁵. Між сторонами було зареєстровано шлюб, від якого мають спільного сина. Після народження дитини позивачка перебувала в неофіційній декретній відпустці та згодом звільнилася з посади бухгалтера приватного підприємства «Інтерконтакт». Після народження у дитини було встановлено низку захворювань, у зв'язку з чим вона перебувала під постійним наглядом лікарів і потребувала догляду позивачки. Після покращення стану здоров'я дитини, з 2006 року позивачка обговорювала з відповідачем питання щодо виходу на роботу, однак останній запевнив, що самостійно може забезпечувати сім'ю. Позивачка допомагала відповідачу облаштовувати житло, займалася вихованням сина

і продовжувала покращувати його здоров'я. Крім того, позивачці доводилося піклуватися про свою одиноку хвору на рак матір ОСОБА_6.

На цей момент позивачка є тимчасово непрацюючою особою, джерел доходів не має, потребує матеріальної допомоги, а колишній чоловік такої допомоги не надає, що є підставою її звернення з позовом у судовому порядку.

У судовому засіданні відповідач ОСОБА_2 проти задоволення позовних вимог заперечив у повному обсязі, обґрунтувавши поясненнями, що позивачка має вищу освіту, однак після звільнення з посади бухгалтера приватного підприємства «І» іншої роботи ніколи не шукала, хоча мала для цього можливості, крім того, позивачка не потребує матеріальної допомоги, оскільки 07.08.13 р. між ПАТ «Н» та ОСОБА_1 було оформлено договір строкового банківського вкладу на загальну суму 19900 доларів США, який було 15.04.14 р. достроково розірвано позивачкою, кошти перераховані на поточний рахунок і виплачені готівкою позивачці, яку остання витратила на власні потреби, їх спільний син ОСОБА_4 проживає разом із відповідачем та повністю перебуває на його утриманні, будь-якої участі в утриманні сина позивачка не бере. Обставини, на які посилається позивачка (догляд за дитиною у зв'язку із хворобами, хвороба її матері), що перешкождали їй у подальшому працевлаштуватися, не знайшли свого підтвердження в ході судового розгляду.

У випадках, передбачених ст. 84 СК, чоловік сплачує не тільки аліменти на утримання колишньої дружини, а й аліменти на дитину.

Дружина має право на утримання від чоловіка під час вагітності.

Дружина, з якою проживає дитина, має право на утримання від чоловіка — батька дитини до досягнення дитиною трьох років.

Для стягнення аліментів на колишню дружину з відповідача — батька дитини до досягнення дитиною 3 років необхідно, щоб на час пред'явлення позову позивачкою були **надані належні та допустимі докази**:

- свідоцтво про шлюб;
- свідоцтво про народження;
- довідка про реєстрацію місця проживання;
- рішення про встановлення місця проживання дитини.

¹⁴ Див. ЄДРСР: URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74368400>.

¹⁵ Див. ЄДРСР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75967329#>.



Так, за матеріалами справи № 536/181/18, рішення Кременчуцького районного суду Полтавської області від 10.04.18 р.¹⁶, судом встановлено, що підтверджується наявними у справі доказами, що позивач та ОСОБА_2 уклали шлюб, що підтверджується свідоцтвом про шлюб. Від цього шлюбу вони мають доньку ОСОБА_4, що підтверджується свідоцтвом про народження, яка проживає разом із позивачкою, що підтверджується довідкою про реєстрацію місця проживання.

На цей момент позивачка не працює, оскільки перебуває у відпустці для догляду за дитиною, крім допомоги по догляду за дитиною, інших доходів не має.

Відповідач працює в Управлінні служби безпеки України, має регулярний, постійний дохід і сплачує аліменти на користь колишньої дружини ОСОБА_5 на утримання сина ОСОБА_6 у розмірі 1/4 частки всіх видів заробітку. Відповідач не надає матеріальної допомоги на утримання дружини, чим порушує вимогу ч. 2 ст. 84 СК. За таких обставин суд має підстави для стягнення аліментів із відповідача на утримання позивачки та їх дитини.

Важливим для цієї категорії справ є наявність/відсутність рішення суду, яке б визначало місце проживання дитини разом з одним із батьків або родичами (доказ спільного проживання з дитиною, що є обов'язковою умовою для стягнення аліментів).

Так, згідно з постановою Верховного Суду від 13.06.18 р. у справі № 750/9224/16-ц¹⁷ під час розгляду цієї справи суди встановили, що сторони перебували у зареєстрованому шлюбі з 29.10.11 р., від якого мають неповнолітню доньку ОСОБА_4. Згідно з довідкою Харківського національного медичного університету від 16.11.16 р. № 3103/09-01 матір дитини ОСОБА_2 з 01.09.13 р. була зарахована на перший курс медичного факультету навчального закладу за денною формою навчання за кошти державного бюджету. Орієнтовна дата закінчення навчання — червень 2019 року.

Відповідно до листа служби у справах дітей Деснянської районної у м. Чернігові ради від 22.11.16 р. № 02-02/1673 малолітня ОСОБА_4 проживає у квартирі АДРЕСА_1 разом із дідусем та бабусею (батьками матері). Мати дитини ОСОБА_2 навчається на четвертому курсі денної форми навчання Харківського національного медичного університету та проживає у гур-

тожитку у м. Харкові, приїжджає до м. Чернігова лише на вихідні, забрати дитину до себе можливості не має.

Відповідно до ч. 2 та 6 ст. 84 СК дружина, з якою проживає дитина, має право на утримання від чоловіка — батька дитини до досягнення дитиною 3 років і в разі розірвання шлюбу.

Згідно із ч. 4 ст. 84 СК право на утримання дружини, з якою проживає дитина, має незалежно від того, чи працює вона, та незалежно від її матеріального становища, за умови, що чоловік може надавати матеріальну допомогу.

За змістом ч. 1 ст. 160 СК місце проживання дитини, яка не досягла 10 років, визначається за згодою батьків.

Частина 1 ст. 257 СК передбачає право баби, діда, прабаби, прадіда спілкуватися зі своїми внуками, правнуками, брати участь у їх вихованні.

Позовна заява мотивована тим, що позивачка з 29.10.11 р. перебувала у шлюбі з відповідачем, від якого сторони мають неповнолітню доньку ОСОБА_4, ІНФОРМАЦІЯ_1. Подружнє життя не склалося, сторони припинили шлюбні відносини, проживають окремо, спільного господарства не ведуть, тому подальше збереження шлюбу позивачка вважає недоцільним.

Посилаючись на зазначені обставини, позивачка просить суд: розірвати шлюб, укладений між нею та відповідачем; стягнути з відповідача на її користь аліменти на утримання дитини в розмірі 1/4 від усіх видів доходів відповідача щомісячно; стягнути з відповідача на її користь аліменти на її утримання в розмірі 1/5 від усіх видів доходів відповідача щомісячно до досягнення дитиною трьох років, посилаючись на те, що дитина після припинення шлюбних відносин залишається проживати з нею і вона потребує матеріального забезпечення.

Рішенням Деснянського районного суду м. Чернігова від 01.11.16 р. позов ОСОБА_2 задоволено. Розірвано шлюб між ОСОБА_2 та ОСОБА_3, зареєстрований 29 жовтня 2011 року відділом державної реєстрації актів цивільного стану Чернігівського міського управління юстиції, актовий запис № 2263. Стягнуто з ОСОБА_3 аліменти на користь ОСОБА_2 на утримання дочки ОСОБА_4, у розмірі 1/4 частини від усіх видів доходу, але не менше 30 % прожиткового

¹⁶ Див. ЄДРСР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73647958#>.

¹⁷ Див. ЄДРСР: URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74809157>.

мінімуму для дитини відповідного віку щомісячно, починаючи з 30.09.16 р. і до досягнення нею повноліття. Стягнуто з ОСОБА_3 аліменти на користь ОСОБА_2 у розмірі 1/5 частини від усіх видів доходу, починаючи з 30.09.16 р. по 24.09.18 р. Вирішено питання про розподіл судових витрат. Рішення суду в частині стягнення аліментів у межах суми платежу за один місяць допущено до негайного виконання.

Суд першої інстанції визнав позовні вимоги доведеними. Задовольняючи позов у частині стягнення аліментів на утримання дружини, *суд першої інстанції, врахувавши матеріальний стан та доходи сторін*, виходив із того, що дитині сторін не виповнилося трьох років, а відповідач має можливість надавати матеріальну допомогу на утримання дружини у розмірі 1/5 частини його сукупного доходу.

Рішення апеляційного суду мотивоване тим, що на час пред'явлення позову позивачкою, яка є студенткою Харківського національного медичного університету, *не надано належних і допустимих доказів спільного проживання з дитиною*, що є обов'язковою умовою для стягнення аліментів на утримання дружини, оскільки дитина проживає з бабою та дідом.

У касаційній скарзі, яка надійшла до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 27.02.17 р., ОСОБА_2 просить скасувати рішення апеляційного суду та направити справу на новий розгляд до апеляційного суду, посилаючись на неправильне застосування апеляційним судом норм матеріального права та порушення норм процесуального права.

Касаційна скарга мотивована тим, що апеляційний суд ухвалив рішення з порушенням норм процесуального права, оскільки поклав в основу свого рішення нові докази, які не були надані відповідачем під час розгляду справи у суді першої інстанції, а також відповідачем не наведено поважних причин вчасного неподання зазначених доказів. Суд не звернув уваги на те, що навчання позивачки у м. Харкові має тимчасовий характер, постійним місцем проживання залишається м. Чернігів. Апеляційний суд не застосував положення Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», згідно з якими фізична особа наділена правом мати кілька місць проживання.

У запереченні на касаційну скаргу, яке надійшло до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ 04.04.17 р., ОСОБА_3 просить відхилити касаційну скаргу та залишити без змін рішення апеляційного суду, посилаючись на те, що безпосередньої участі під час розгляду справи у суді першої інстанції відповідач не брав, тому був позбавлений можливості надати відповідні докази. Доводи касаційної скарги не спростовують законність рішення апеляційного суду.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.17 р. відкрито касаційне провадження у зазначеній справі.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12.06.17 р. справу за позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_3 про розірвання шлюбу та стягнення аліментів призначено до судового розгляду.

Встановивши, що ОСОБА_2 навчається у вищому навчальному закладі в іншому місті, апеляційний суд не звернув увагу на те, що за домовленістю сторін дитина після припинення шлюбних відносин залишилася проживати з матір'ю, питання щодо визначення місця проживання дитини з бабою та дідом у судовому порядку не вирішувалося, адже фактично дитина проживає з матір'ю, яка нею опікується, а нерегулярне тимчасове перебування матері в іншому місті у зв'язку з навчанням не може свідчити про їх окреме проживання і про те, що мати не займається утриманням дитини, та дійшов помилкового висновку про відсутність підстав для стягнення з відповідача аліментів на утримання дружини на підставі ст. 84 СК.

Отже, у цій справі колишня дружина подала на чоловіка позов про стягнення з нього аліментів на власне утримання в сумі 1/5 частин від усіх видів доходу.

Як часто трапляється у таких випадках, дитина де-факто проживала з батьками своєї матері, тобто дідом і бабою. Сама ж матір навчалася у закладі вищої освіти та проживала у гуртожитку більшість часу, з дитиною спілкувалася на вихідних.

Посилаючись на цей факт, колишній чоловік намагався довести, що його *колишня дружина не проживає з дитиною постійно, тому відсутні підстави для стягнення з нього аліментів на її утримання*. Пункт 4 ст. 84 СК передбачає, що «право на утримання вагітна дружина, а також дружина, з якою проживає дитина, має незалежно від того, чи вона працює, та незалежно від її матеріального становища, за умови, що чоловік може



надавати матеріальну допомогу». Суд апеляційної інстанції погодився з цим і відмовив у задоволенні позову.

Суд касаційної інстанції підкреслив, що після припинення шлюбу за домовленістю сторін дитина залишилася проживати разом із матір'ю, а в матеріалах справи відсутнє рішення суду, яке б визначало місце проживання дитини разом із дідом та бабою. Перебування матері на навчанні в іншому місці, неможливість забрати дитину до себе у гуртожиток, хоча і підтверджено листом служби у справах дітей, не свідчить про окреме проживання матері та дитини. Тому є всі підстави для задоволення позову.

Суд, призначаючи аліменти на утримання дружини, з якою проживає дитина, що має право на утримання від чоловіка — батька дитини до досягнення дитиною трьох років, бере до уваги працевлаштування відповідача й у разі нерегулярного доходу встановлює розмір аліментів у твердій грошовій сумі, яка підлягає індексації.

Так, визначаючи розмір аліментів на утримання дружини, Орджонікідзевського міського суду Дніпропетровської області у рішенні від 28.04.18 р. у справі № 184/547/18 25¹⁸ виходив із того, що відповідач є здоровою, працездатною особою, на цей момент не має офіційного місця роботи в Україні, але працює за кордоном, тому аліменти на утримання позивачки повинен сплачувати у твердій грошовій сумі, яка підлягає індексації. Обставин і доказів неможливості надання відповідачем матеріальної допомоги позивачці суду не надано, згідно з наданою суду заявою відповідач позов не визнав, але, незважаючи на це, виходячи з принципу справедливості та розумності, враховуючи потреби дружини та можливості відповідача, суд присуджує аліменти на утримання дружини до досягнення дитиною трьох років у розмірі 1500 грн. щомісячно з відповідною індексацією, що буде відповідати інтересам обох сторін, у зв'язку з чим позовні вимоги позивачки підлягають частковому задоволенню. Зазначений розмір аліментів суд пов'язує з доходами відповідача і прожитковим мінімумом для працездатної особи, який визначений державою.

Відсутність у відповідача працевлаштування та грошових коштів не є підставою для звільнення від аліментів на утримання дружини, з якою проживає дитина до 3 років.

Так, у рішенні Яремчанського міського суду Івано-Франківської області від 06.06.18 р. у справі

№ 354/229/18¹⁹ судом встановлено, що відповідач не працював і не працює на цей момент, проживає разом із батьками у будинку та користується земельною ділянкою, які належать його батькові ОСОБА_7. Наведені обставини підтверджуються довідкою про склад сім'ї, актом обстеження матеріально-побутових умов, довідкою сільської ради, довідкою обласного центру зайнятості та довідкою об'єднаного управління Пенсійного фонду України.

Із пояснень відповідача встановлено, що з вересня 2017 року він переказував аліменти на користь позивачки на утримання їхньої неповнолітньої дочки, що підтверджується копіями квитанцій.

Свідок ОСОБА_6 у судовому засіданні пояснила, що її син не спроможний сплачувати аліменти на утримання колишньої дружини, оскільки він не працює, підробляє по людях, щоб заробити на аліменти на утримання дочки, проживає у будинку своїх батьків, не має у власності майна. Батько його теж ніде не працює. Його сім'я змушена була продати корову, що погасити заборгованість за аліментами, яка виникла з 2016 року.

Визначаючи розмір аліментів на утримання дружини, суд виходить із того, що відповідач має працездатний вік, із нього стягнуто аліменти на утримання неповнолітньої дочки в розмірі 1/4 частки від його доходу щомісячно. Виходячи з принципу справедливості та розумності, враховуючи потреби дружини і можливості відповідача, суд присуджує аліменти на утримання дружини до досягнення дитиною трьох років у розмірі 1000 грн. щомісячно, задовольнивши позовні вимоги частково.

Рівність жінки і чоловіка ґрунтуються в сімейних відносинах на їх конституційній рівності у всіх галузях державного, суспільно-політичного, господарського і культурного життя країни (ст. 7 СК). Зазначена стаття формулює загальний принцип рівноправності дружини і чоловіка щодо користування правами, які випливають із сімейних правовідносин, зокрема й щодо відносин з утримання. Отже, не допускається будь-яке обмеження прав кожного із подружжя. Відповідно ст. 86 СК встановлює право й чоловіка на утримання у разі проживання з ним дитини, яке встановлено за аналогією з правом дружини на утримання у разі проживання з нею дитини за винятком утримання в період вагітності дружини, оскільки чоловік за природою в такому стані перебувати не може.

¹⁸ Див. ЄДРСР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73665728#>.

¹⁹ Див. ЄДРСР: URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74607329#>.



«ПОПЕРЕДЖЕНИЙ – ОЗБРОЄНИЙ», АБО ЩОБ ПРЕДСТАВНИК НЕ ПЕРЕТВОРИВСЯ НА ПРЕДСТАВНИЦТВО



Леонід Белкін, адвокат

У практиці співробітництва з нерезидентами виникають обставини, коли особа, яка виплачує доходи нерезидентів, зобов'язана, у разі здійснення у звітному періоді (кварталі) виплат нерезидентам доходів із джерелом їх походження з України, утримати та перерахувати до бюджету податки на доходи нерезидентів, подати контролюючому органу за своїм місцезнаходженням (місцем проживання) звіт про виплачені доходи, утримані та перераховані до бюджету податки на доходи нерезидентів у строки та за формою, встановленими центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику. При цьому, якщо нерезидент потрапляє під дію Конвенції про уникнення подвійного оподаткування, особа, яка виплачує доходи нерезидентів у звітному (податковому) періоді, може не утримувати і не перераховувати до бюджету України податки на доходи нерезидентів. Натомість останнім часом у цих правовідносинах виникли нові тлумачення з боку фіскальних органів.

Ми сприймаємо як очевидність, що будь-яка юридична особа, у тому числі юридична особа — нерезидент, може діяти виключно через фізичну особу — представника, який, як правило, діє за довіреністю. Однак останнім часом в актах перевірки, що здійснюються фіскальними органами, виникає така «ідея», що оцей представник може розглядатися як представництво. Але якщо нерезидент діє через представництво, то на нього, як правило, не поширюється дія Конвенцій про уникнення подвійного оподаткування в частині неутримання з нього податків на доходи з джерелом походження з України.

Так, згідно з п. 1 ст. 7 Конвенції між Урядом України і Урядом Республіки Кіпр про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням стосовно податків на доходи, прибуток підприємства Договірної Держави оподатковується тільки у цій Державі, **якщо тільки підприємство не здійснює підприємницької діяльності в іншій Договірній Державі через розташоване в ній постійне представництво**. Якщо підприємство здійснює підприємницьку діяльність, як зазначено вище, прибуток підприємства може бути оподаткований в іншій Державі, але тільки

в тій частині, яка стосується цього постійного представництва.

Отже, об'являючи фізичну особу — представника юридичної особи — нерезидента представництвом, фіскальні органи отримують можливість стягувати податки з нерезидента в Україні, не звертаючи увагу на Конвенції про уникнення подвійного оподаткування.

Тому потрібно визначитися, як можна відмежувати «постійне представництво» «з метою оподаткування» від представника — фізичної особи. Відповідне визначення містить абзац 2 п.п. 14.1.193 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України: «З метою оподаткування термін «постійне представництво» включає будівельний майданчик, будівельний, складальний або монтажний об'єкт чи пов'язану з ними наглядову діяльність, якщо тривалість робіт, пов'язана з таким майданчиком, об'єктом чи діяльністю, перевищує шість місяців; надання послуг (крім послуг з надання персоналу), у тому числі консультаційних, нерезидентом через співробітників або інший персонал, найнятий ним для таких цілей, але якщо така діяльність провадиться (в рамках одного проекту або проекту, що пов'язаний з ним) в Україні



протягом періоду або періодів, загальна тривалість яких становить більш як шість місяців, у будь-якому дванадцятимісячному періоді; резидентів, які мають повноваження діяти **від імені виключно такого нерезидента**, що тягне за собою виникнення у цього нерезидента цивільних прав та обов'язків (укладати договори (контракти) від імені цього нерезидента; утримувати (зберігати) запаси товарів, що належать нерезиденту, із складу яких здійснюється поставка товару від імені нерезидента, крім резидентів, що мають статус складу тимчасового зберігання або митного ліцензійного складу).

Тобто умовою присвоєння резиденту України статусу «постійного представництва» «з метою оподаткування» є повноваження діяти **виключно** від імені цього нерезидента. З цього випливає, що якщо певна особа уповноважена діяти ще від імені певних іноземних компаній, то вона не може підпадати під статус «постійного представництва» навіть «з метою оподаткування».

Таким чином, при здійсненні господарських операцій з нерезидентом потрібно переконатися, що фізична особа — представник нерезидента, поряд з повноваженнями діяти від імені конкретного контрагента, має також повноваження діяти від імені інших іноземних компаній, і тоді до такого представника не може застосуватися ознака «**виключно**», а відтак він точно не матиме статусу «постійного представництва».

У принципі, ці положення кореспондуються, зокрема, із п. 6 ст. 5 Конвенції між Урядом України і Урядом Республіки Кіпр про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням стосовно податків на доходи, відповідно до якої підприємство не розглядається як таке, що має постійне представництво в Договірній Державі, лише якщо воно здійснює підприємницьку діяльність у цій Державі через брокера, комісiонера чи будь-якого іншого агента з незалежним статусом за умови, що ці особи діють у межах своєї звичайної діяльності. Однак якщо діяльність такого агента **здійснюється повністю від імені цього підприємства** і якщо між цим підприємством і агентом в їхніх комерційних і фінансових зв'язках існують або встановлюються умови, які відрізняються від тих, які могли б існувати між незалежними підприємствами, він не вважатиметься агентом з незалежним статусом у значенні цього пункту.

Отже, якщо представник діє далеко не тільки **від імені нерезидента** — контрагента, то він не діє **повністю від імені цього контрагента**, тому не може вважатися «постійним представництвом».

Таким чином, зазначені перестороги сприятимуть тому, щоб представник юридичної особи — нерезидента не перетворився на представництво.



МОРАТОРІЙ НА КУПІВЛЮ-ПРОДАЖ ЗЕМЕЛЬ: ОЧІКУВАННЯ ПІД ЗНАКОМ НЕСКІНЧЕННОСТІ?



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

Заборона на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення являє собою певний форпост, яким законотворець постійно намагається захистити самого себе від зневіри або небажання здійснити дієві кроки назустріч формуванню життєздатного ринку земель, старт функціонування якого залежить від прийняття проекту Закону «Про обіг земель сільськогосподарського призначення».

Ухвалене Європейським судом з прав людини¹ 22 травня поточного року рішення у справі «Зеленчук і Цицюра проти України» зробило доволі резонансний наголос на тому, що абсолютна заборона в Україні на купівлю та продаж земель сільськогосподарського призначення порушує Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод² та подальший вектор країни в продовженні мораторію повинен бути якомога скоріше змінений.

Про особливості мораторію на купівлю-продаж сільськогосподарських земель та основні положення зазначеного рішення ЄСПЛ — детальніше в статті.

ЗАКОНОДАВЧА ЕВОЛЮЦІЯ МОРАТОРІЮ

Поняття мораторію на землі сільськогосподарського призначення означає введення Верховною Радою України заборони на вчинення правочинів (угод) щодо відчуження таких земель.

Вперше на законодавчому рівні земельний мораторій з'явився в січні 2001 року, коли був прийнятий Закон України від 18.01.01 р. № 2242 «Про угоди щодо відчуження земельної частки (паю)», яким вперше була встановлена заборона укладати угоди щодо купівлі-продажу, дарування земельної частки (паю) або іншим способом відчужувати зазначені частки (паї), крім передачі їх у спадщину та при викупі земельних ділянок для державних і громадських потреб.

Закон вступив у силу 10.02.01 р. і фактично діяв до прийняття Земельного кодексу України³, який мав

врегулювати порядок реалізації прав громадян і юридичних осіб на земельні частки (паї). Цим Законом, який діяв менше року (втратив чинність 08.01.04 р.), встановлювалася заборона на будь-яке відчуження земельної частки (паю). Законом встановлювалося лише два випадки, коли право на земельну частку (пай) може переходити до іншого власника — спадкування та викуп земельних ділянок для державних і громадських потреб.

Протягом часу дії заборони на відчуження земельної частки (паю) Верховна Рада України так і не змогла напрацювати та прийняти необхідні законодавчі акти, які б забезпечили громадянам вільне розпорядження своєю власністю і збереження сільськогосподарських угідь. Тому до нового ЗК, який був прийнятий 25.10.01 р., було включено норму, яка забороняє будь-яке відчуження, однак вже не тільки земельних

¹ Далі за текстом — ЄСПЛ.

² Далі за текстом — Конвенція.

³ Далі за текстом — ЗК.



часток (паїв), а й пайових земельних ділянок їхніми власниками.

Крім того, п. 13 Перехідних положень ЗК встановлювалося обмеження площі земель сільськогосподарського призначення, які можуть набуватися у власність громадянами та юридичними особами у 100 гектарів. Однак це обмеження діяло лише до 2015 року.

Звернемо увагу на першу редакцію мораторію, яка діяла до 2006 року. Зокрема, п. 15 Перехідних положень ЗК був викладений у такій редакції: *«Встановити, що громадяни та юридичні особи, які мають у власності земельні ділянки для ведення селянського (фермерського) господарства та іншого товарного сільськогосподарського виробництва, а також громадяни України — власники земельних часток (паїв) не вправі до 1 січня 2005 року продавати або іншим способом відчужувати належні їм земельні ділянки та земельні частки (паї), крім міни, передачі їх у спадщину та при вилученні земель для суспільних потреб».*

Таким чином, під дію мораторію, який вводився до 01.01.05 р., підпадали земельні ділянки товарного сільськогосподарського виробництва, які перебували у власності громадян та юридичних осіб, і окремим видом земель товарного сільськогосподарського виробництва виділялись земельні ділянки для ведення фермерського господарства.

Мораторій, будучи тимчасовим заходом, продовжувався ще 9 разів (у 2004, 2006, 2008, 2010, 2011, 2012, 2015, 2016 і 2017 роках), а види земель сільськогосподарського призначення та перелік юридично значимих дій щодо них постійно розширювалися.

На цей час, згідно з нормами п. 15 Перехідних положень Кодексу: *«До набрання чинності законом про обіг земель сільськогосподарського призначення, але не раніше 1 січня 2019 року, не допускається:*

а) купівля-продаж земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної та комунальної власності, крім вилучення (викупу) їх для суспільних потреб;

б) купівля-продаж або іншим способом відчуження земельних ділянок і зміна цільового призначення (використання) земельних ділянок, які перебувають у власності громадян та юридичних осіб для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, земельних ділянок, виділених в натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв) для ведення особистого селянського господарства, а також земельних часток

(паїв), крім передачі їх у спадщину, обміну земельної ділянки на іншу земельну ділянку відповідно до закону та вилучення (викупу) земельних ділянок для суспільних потреб, а також крім зміни цільового призначення (використання) земельних ділянок з метою їх надання інвесторам — учасникам угод про розподіл продукції для здійснення діяльності за такими угодами».

МЕЖІ МОРАТОРІЮ

Землі сільськогосподарського призначення, які підпадають під дію мораторію: земельні ділянки для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, для ведення фермерського господарства, для ведення особистого селянського господарства (але тільки ті, що виділені в натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв)).

Землі сільськогосподарського призначення, які не підпадають під дію мораторію: земельні ділянки для індивідуального та колективного садівництва, для ведення особистого селянського господарства (передані у приватну власність громадян у межах норм безоплатної приватизації, передбачених ст. 121 ЗК), для ведення особистого селянського господарства (у тому числі і пайові), придбані громадянами за цивільно-правовими угодами до 2007 року.

Підмораторні земельні ділянки сільськогосподарського призначення можуть бути:

— **успадковані** у загальному порядку, передбаченому нормами Цивільного кодексу України, з обов'язковим врахуванням вимог ст. 81 ЗК;

— **випулені для суспільних потреб** відповідно до вимог Закону України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності»;

— **об'єктом обміну**, при цьому такий обмін здійснюється в розумінні обміну за Законом України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)», а правовий режим земельної ділянки, отриманої в результаті обміну, залишається незмінним і регулюється вимогами п. 15 Перехідних положень Кодексу.

Не варто також забувати, що в подальшому, а точніше з 01.01.19 р., набуває чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності



на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрощення в Україні», прийнятий Верховною Радою України 10 липня поточного року, який передбачає законодавчі зміни у розділі X «Перехідні положення» ЗК, а саме: у п.п. «б» п. 15 слова «обміну земельної ділянки на іншу земельну ділянку відповідно до закону» замінити словами «обміну (міни) відповідно до ч. 2 ст. 37¹ цього Кодексу земельної ділянки на іншу земельну ділянку з однаковою нормативною грошовою оцінкою або різниця між нормативними грошовими оцінками яких становить не більше 10 %».

СПРАВА «ЗЕЛЕНЧУК І ЦИЦЮРА ПРОТИ УКРАЇНИ»

У рішенні ЄСПЛ у справі «Зеленчук та Цицюра проти України» (заява № 846/16 та 1075/16) ЄСПЛ одноголосно встановив порушення ст. 1 Протоколу № 1 (захист власності) Конвенції.

Справа стосувалася скарги двох осіб на державну заборону продажу земельних ділянок сільськогосподарського призначення, яка, за їх словами, порушила їх права на власність як власників таких ділянок.

Суд зауважив, що після падіння Радянського Союзу Україна переважно роздавала земельні ділянки сільськогосподарського призначення особам, які раніше працювали в колгоспах, але запровадила передбачувану тимчасову заборону продажу таких земельних ділянок, відому як «мораторій на землю». Уряд стверджував, що захід перешкоджав зосередженню земельних ділянок у декількох руках, зупиняв збідніння населення сільської місцевості та надавав змогу переконатися, що земля залишалася оброблюваною.

Проте Суд постановив, що держава не встановила справедливий баланс між загальними інтересами громади та правами власності заявників. Суд зазначив, що жодна інша держава Ради Європи не мала таку заборону і посилався на невідповідність підходу України до завершення мораторію. Було також незрозуміло, чому менш обмежувальний захід не був ефективним для досягнення тієї ж мети.

Суд постановив, що уряд повинен вжити законодавчі заходи для забезпечення необхідного справедливого балансу для власників земельних ділянок сільськогосподарського призначення, хоча це й не оз-

начало, що Україна повинна негайно створити ринок земельних ділянок сільськогосподарського призначення без обмежень. Заявникам не було присуджено жодної грошової компенсації.

Отже, у вказаному рішенні необхідно звернути увагу на такі положення:

— у будь-якій іншій країні Європи, окрім України, відсутні настільки жорсткі обмеження прав власників земель сільськогосподарського призначення в частині їх відчуження (пункти 61 — 121);

— держава Україна, продовжуючи мораторій, не обумовлювала його чіткими законодавчими змінами в земельних правовідносинах, що спричинило виникнення певної правової невизначеності (п. 122) та порушило баланс між суспільним інтересом та правом власності на земельні ділянки (паї) (п. 148);

— запроваджений мораторій порушує як Конвенцію, яка є ратифікованою Україною і є частиною національного законодавства України (ст. 9 Конституції України), так і безпосередньо Конституцію України, зокрема ст. 41 (пункти 122 — 130);

— держава України має вжити заходів щодо скасування в «розумні строки мораторію» і у разі зволікання в цьому напрямку ЄСПЛ повернеться до питання призначення виплат компенсації заявникам, власникам земельних часток (паїв), у розмірі 3000 євро (п. 157).

Варто врахувати, що Україною в лютому 2006 року був прийнятий Закон України від 23.02.06 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», ст. 17 якого встановлює, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права, що виключає необхідність у власників земельних часток (паїв) звертатись до національних судів із позовними заявами про незаконність мораторію, а лише з позовними заявами про відшкодування шкоди, заподіяної мораторієм.

ЯК ПІДСУМОК

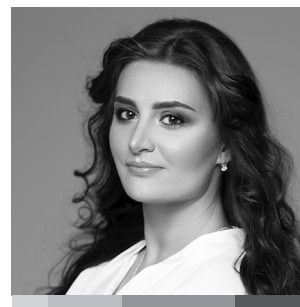
Бачимо, що аргументація на користь скасування мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення все більшає і внесення Урядом на розгляд Верховної Ради України проекту Закону «Про обіг земель сільськогосподарського призначення», з прийняттям якого завершиться ера «тимчасового» земельного мораторію в Україні, в найближчий час є неминучим.



АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД ОКРЕМИХ РІШЕНЬ, УХВАЛЕНИХ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ ПРОТЯГОМ 2018 РОКУ, АБО НАСТУПНІ КРОКИ З ВИВЧЕННЯ АБЕТКИ З ПРАВ ЛЮДИНИ



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



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

1. СТАТТЯ 2 (ПРАВО НА ЖИТТЯ)¹ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД²

Рішення від 07.19.2018 р. у справі «Сарішвілі-Болквадзе проти Грузії», заява № 58240/08.³

Позитивні зобов'язання (матеріальний та процесуальний аспекти).

Неефективність нормативної бази для захисту життя пацієнтів та відсутність законного засобу судового захисту для відшкодування моральної шкоди, викликані смертю внаслідок злочинної недбалості лікарів: порушення.

Факти. У 2004 році син заявника, який був госпіта-

лізований до відділення інтенсивної терапії з травматичним ушкодженням, помер у лікарні через місяць. Група експертів виявила, що під час його лікування була допущена медична помилка. Наслідком відмови заявника надати дозвіл на розтину, а згодом на ексгумацію, стало припинення кримінального розслідування у 2008 році, оскільки органи прокуратури не могли встановити причинно-наслідковий зв'язок між передбачуваною злочинною недбалістю лікарів та смертю її сина. Тим часом цивільні суди дійшли висновку, що його смерть була викликана медичною недбалістю, лікарня здійснювала незаконну діяльність у багатьох сферах та деякі медичні працівники не мали дозволу

¹ Стаття 2 КЗПЛ. 1. Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання. 2. Позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили: а) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства; б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

² Далі — КЗПЛ, Конвенція.

³ Sarishvili-Bolkvadze v. Georgia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184649>.



на самостійну практику. Заявник отримала близько 2 700 євро відшкодування матеріальної шкоди. Її вимога відшкодування моральної шкоди була відхилена, оскільки національне законодавство не передбачало відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення права на життя родича.

Право. Стаття 2 КЗПЛ.

(а) Матеріальний аспект.

У контексті стверджувальної злочинної недбалості лікарів предметне позитивне зобов'язання держав обмежувалося обов'язком встановити ефективну нормативну базу, яка змушує лікарні вживати відповідних заходів для захисту життя пацієнтів. Відповідальність держави може бути залучена лише у двох категоріях дуже особливих обставин у зв'язку з діями та бездіяльністю медичних працівників⁴.

Оскільки у цій справі не виникало питання про усвідомлене ставлення життя окремого пацієнта в небезпеку відмовою в доступі до невідкладної допомоги для порятунку життя, вона не підпадає під першу виняткову категорію. Таким чином, Суд повинен був відповідно до чотирьох сукупних критеріїв, викладених у «Лопес де Соуза Фернандес», розглянути, чи справа підпадала під другу виняткову категорію, тобто наслідком систематичної або структурної дисфункції в лікарнях стало позбавлення сина заявника доступу до невідкладної медичної допомоги, а органам влади було відомо або повинно було бути відомо про цей ризик, і не вони не вжили необхідних заходів для запобігання реалізації такого ризику.

Стосовно першого з чотирьох критеріїв не було встановлено, що дії медичних працівників виходили за межі звичайної помилки або медичної недбалості тому, що вони в порушення їх професійного обов'язку відмовили пацієнту в невідкладній медичній допомозі, незважаючи на те, що вони повністю усвідомлювали, що життя особи опинилося б під загрозою, якщо б це лікування не було надане. У думках експертів, а також висновках суду у цій справі стверджувалося про медичну недбалість та помилки, а не відмову в невідкладній медичній допомозі. Незважаючи на те, що в деяких з 29 лікарів, які брали участь у процесі лікування сина заявника, не було відповідної кваліфікації, матеріали справи продемонстрували, що невідкладну операцію

виконував хірург, кваліфікація якого ніколи не була поставлена під сумнів. На думку більшості експертів, можлива затримка в проведенні операції була результатом звичайної медичної помилки. Тому перший критерій не був виконаний і справа не підпадала під другу виняткову категорію.

Стосовно того, чи виконала держава-відповідач свої регуляторні зобов'язання, лікарня здійснювала неліцензовану медичну діяльність у декількох сферах — кардіологія та клінічне переливання стосовно сина заявника і в декількох лікарів, залучених до процесу його лікування, не було необхідних ліцензій або кваліфікацій у порушення національного законодавства. Незважаючи на те, що існувала правова база для нагляду за дотриманням відповідних вимог щодо ліцензування, уряд-відповідач не роз'яснив, як його здійснення було забезпечене на практиці, якщо взагалі було забезпечено. Таким чином, мало місце порушення позитивного зобов'язання держави щодо забезпечення ефективно функціонуючої нормативної бази, яка б забезпечила дотримання застосовних положень, спрямованих на захист життя пацієнтів.

Висновок: порушення (одноголосно).

(b) Процесуальний аспект.

(i) Кримінально-правовий засіб судового захисту. Рішення про припинення кримінального розслідування щодо смерті заявника не було прийняте поспішно або свавільно. Воно було належним чином обґрунтоване та засноване, серед іншого, на результатах відповідних судово-медичних експертів тому, що було неможливо встановити причинно-наслідковий зв'язок між медичною недбалістю та смертю без проведення розтину або ексгумації, а заявник неодноразово відмовлявся надати дозвіл на їх проведення. Крім того, прокурор продемонстрував особливу ретельність і написав компетентному міністерству, зазначивши, що медична помилка, допущена у цій справі, вимагала «впровадження відповідних заходів для запобігання аналогічних порушень». Відповідно, припинення кримінального провадження щодо медичної недбалості не порушило процесуальні вимоги ст. 2 Конвенції.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

(ii) Цивільно-правовий засіб судового захисту. Цивільне провадження проти лікарні було успішним

⁴ Див. рішення ЄСПЛ у справі «Лопес де Соуза Фернандес проти Португалії» [ВП], 56080/13, 19.12.17 р. О. Дроздов, О. Дроздова. Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ протягом грудня 2017 року. Вісник Національної асоціації адвокатів України. 2018. № 3. с. 45 — 47.



у встановленні відповідних фактів, пов'язаних із скаргами заявника. Проте національна правова система не надавала найближчим родичам загиблого можливість вимагати й отримувати відшкодування моральної шкоди у випадках смерті внаслідок медичної недбалості. З огляду на психологічні страждання заявника, пов'язані із смертю її молодого сина, загальне та безумовне законодавче обмеження необґрунтовано позбавило заявника можливості вимагати забезпечення правовою санкцією присудження відшкодування моральної шкоди за допомогою цивільного засобу судового захисту, який їй був доступний.

Висновок: порушення (одногосло).

Стаття 41 КЗПЛ⁵: не було подано вимоги стосовно відшкодування завданої шкоди.

2. ЕФЕКТИВНЕ РОЗСЛІДУВАННЯ

Невідповідне та тривале розслідування вбивства на замовлення слідчого журналіста: порушення.

Рішення від 17.07.18 р. у справі «Мазепа та інші проти Росії», заява № 15086/07⁶.

Факти. Заявники є родичами пані Анни Політковської, відомої журналістки, яка проводила розслідування та висвітлювала, зокрема, передбачувані порушення прав людини в Чеченській Республіці та непохитну критику політики президента Путіна. Її застрелили в багатоквартирному будинку у Москві у 2006 році. Того ж дня прокуратура відкрила кримінальне провадження. У 2014 році 5 осіб були засуджені за вбивство, яке Міський суд м. Москви охарактеризував як вбивство, яке було скоєне організованою групою за винагороду, пов'язану зі здійсненням жертвою її професійних та громадянських обов'язків. Вони були засуджені до тюремного ув'язнення від 12 років до довічного ув'язнення. Розслідування на час розгляду справи Судом усе ще було незавершене.

Право. Оцінка суду.

«§§ 69 — 84. Суд із самого початку повторює, що зобов'язання захищати життя відповідно до ст. 2 Конвенції вимагає, щоб було якеось офіційне розслідування, коли окремі особи були вбиті в результаті застосування сили або державними посадовими особами (див.

«Бранко Томашич та інші проти Хорватії», № 46598/06, § 62, 15.01.09 р.). Основна мета розслідування — «забезпечити ефективне здійснення внутрішнього законодавства, що захищає право на життя» і забезпечити підзвітність відповідальних осіб. Для того щоб бути ефективним, розслідування повинне бути в першу чергу адекватним, тобто здатним привести до встановлення фактів і, за потреби, виявлення та покарання винних. Зобов'язання провести ефективне розслідування є зобов'язанням не результату, а засобів (див. «Mustafa Tunz i Fecire Tunz v. Turkey» (№ 24014/05, §§ 172-73, 14.04.15 р.). Будь-який недолік у розслідуванні, який підриває його здатність встановити обставини справи або відповідальної особи, створює ризики для необхідних стандартів ефективності (див. «Армані Да Сільва», § 233). Зокрема, висновки дослідження повинні ґрунтуватися на ретельному, об'єктивному і неупередженому аналізі всіх відповідних елементів. Нездатність слідувати очевидною лінією розслідування підриває вирішальною мірою здатність розслідування встановити обставини справи та особи винних. Характер і ступінь контролю, які задовольняють мінімальному порозу ефективності розслідування, залежить від обставин конкретного випадку і повинен оцінюватися на основі усіх відповідних фактів (див. § 234). У тих випадках, коли офіційне розслідування призвело до порушення справи в національних судах, розгляд у цілому, включаючи етап судового розгляду, має задовольняти вимогам позитивного зобов'язання щодо захисту життя за допомогою закону. З вищенаведеного в жодному разі не можна припускати, що ст. 2 може призвести до права заявника на притягнення третіх осіб або покарання за кримінальний злочин або абсолютне зобов'язання за всіма судовими переслідуваннями призвести до засудження або навіть до певного вироку. З іншого боку, національні суди за жодних обставин не повинні бути готові до того, щоб правопорушення, що загрожують життю, залишалися безкарними (див. «Öneryildiz v. Turkey», № 48939/99, §§ 95-96).

Далі Суд повторює, що він оцінює дотримання процесуальних вимог ст. 2 на підставі декількох суттєвих параметрів: адекватності слідчих заходів, оперативності та розумної ретельності розслідування, участі сім'

⁵ Стаття 41. Якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткове відшкодування, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливую сатисфакцію.

⁶ Case of Mazepa and Others v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184660>.



померлого і незалежність розслідування. Ці елементи взаємопов'язані, і кожен з них, взятий окремо, не є самою метою. Вони є критеріями, які, узяті разом, дозволяють оцінити ступінь ефективності розслідування (див. «*mutatis mutandis*, Мустафа Тунч і Фекер Тунч», § 225). Зараз суд оцінить, чи дотримано під час розслідування вбивства Анни Політковської ці вимоги. Спочатку Суд повинен зазначити, що, оцінюючи розгляд у цілому, він не переконаний, що родичі Політковської були виключені з розслідувань тією мірою, в якій вони були позбавлені можливості ефективно брати участь у розгляді. У зв'язку з цим він повторює, що ст. 2 Конвенції не накладає на слідчі органи обов'язки задовольнити кожне клопотання про конкретний слідчий захід, заявлене родичем під час розслідування (див. «*Рамсахай та інші проти Нідерландів*», № 52391/99, § 348).

Суд зазначає, що ключовим моментом у цій справі є дотримання державою-відповідачем його зобов'язання провести ефективне розслідування за фактом вбивства слідчого журналіста. Суд повторить, що у випадках, коли жертва вбивства є журналістом, українською важливо перевірити можливий зв'язок злочину з професійною діяльністю журналіста. У зв'язку з цим Суд також буде посилатися на Рекомендацію СМ / Рес (2016) 4 «Про захист журналістики і безпеки журналістів та інших суб'єктів засобів масової інформації», в якій Комітет міністрів рекомендував у п. 19, що висновки розслідування повинні ґрунтуватися на ретельному, об'єктивному та неупередженому аналізі всіх відповідних складових, у тому числі потрібно з'ясувати, чи існує зв'язок між погрозами та насильством щодо журналістів й інших працівників ЗМІ та здійсненням журналістської діяльності або проведенням суспільного обговорення.

Що стосується адекватності розслідування вбивства Анни Політковської, Суд зазначає таке. Як неодноразово заявлялося у випадках смерті, які мали місце при різних обставинах, процесуальне зобов'язання за ст. 2 Конвенції не є зобов'язанням результатів, а означає засоби (див., наприклад, у контексті передбачуваної медичної недбалості, «*Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*», № 56080/13, § 221, у збройному конфлікті, «*Jaloud v. The Netherlands*», № 47708/08, § 186, і «*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*», № 55721/07, § 166, щодо стверджувального незаконного вбивства з боку державних агентів («*Тахсин Акар проти Туреччини*», № 26307/95, § 223).

Суд підкреслює, що розслідування у цій справі принесло відчутні результати, оскільки це призвело до засудження п'яти осіб, які несуть пряму відповідальність за вбивство. Водночас Суд вважає, що розслідування вбивства на замовлення не може вважатися адекватним у частині виконання зобов'язання про засоби, мається на увазі в процедурній частині ст. 2, за відсутності реальних і серйозних слідчих дій, вчинених задля визначення інтелектуального автора злочину, тобто людини або людей, які замовили вбивство. Контроль з боку національної влади у справі про вбивство на замовлення повинен бути спрямований на те, щоб вийти за межі ідентифікації кілера, і Суд повинен упевнитися в тому, що розслідування у цій справі торкнулося цього важливого аспекту (див., наприклад, «*Гонгадзе v. Україна*», № 34056/02, § 176, і «*Гусейнова проти Азербайджану*», № 10653/10, 13.04.17 р.).

Суд зазначає, що він практично не має інформації про масштаби розслідування у цій справі, оскільки вона стосується ідентифікації тих, хто скоїв злочин. Російський уряд не надав йому жодних документів з матеріалів слідства. Єдиними матеріалами, які вони подавали, були копії постанов національних судів, які засуджують п'ятьох злочинців після другого раунду судового розгляду. Уряд просто заявив, що розслідування ніколи не було призупинено або припинено з моменту його початку. Уряд не надав жодних пояснень у зв'язку з тим, що вони не надали копії матеріалів розслідування, хоча вони заявили, що розслідування призвело до створення великої кількості матеріалів справи. Таким чином, здатність Суду оцінювати характер і ступінь перевірки розслідування в цій справі значно зменшена та обмежується аналізом письмових подань сторін перед ним.

Суд зазначає, що, як випливає з представлених урядом уявлень, єдина гіпотеза внутрішнього розслідування, що стосується особистості людини, яка замовила вбивство, полягала в тому, що вона була «відомим російським колишнім політиком у Лондоні». Ця людина, на яку уряд посилався як на «організатора вбивства», померла у 2013 році. Уряд стверджував, що слідчі направили міжнародні запити про надання інформації та допомоги компетентним органам влади Сполученого Королівства і що «досі ці прохання не були виконані у повному обсязі». Проте уряд не представив жодних подробиць про ці клопотання або будь-які причини, за якими ці органи влади не прийняли їх, і не



надав жодних пояснень щодо того, які слідчі дії були проведені для з'ясування його ролі у вбивстві Анни Політковської протягом декількох років після її смерті. Вони також не пояснили, чому дослідження вирішило зосередитися протягом значної кількості років на цій єдиній лінії розслідування. Всупереч твердженню уряду про те, що «важливою особливістю розслідувань вбивств на замовлення є багатоаспектний характер їх поведінки» і що «необхідність розгляду декількох версій припускає обов'язковий і одночасний розгляд усіх з них» (там само), внутрішнє розслідування в цьому випадку, схоже, задовольнилося лише однією гіпотезою, яка, однак, залишалася непідтвердженою відсутніми доказами протягом багатьох років.

Висновки розслідування повинні ґрунтуватися на ретельному та об'єктивному аналізі усіх відповідних елементів (див. «*mutatis mutandis, Kolevi v. Bulgaria*», № 1108/02, §§ 200-01, 05.11.09 р.). Суд повторює в цьому відношенні, що, хоча його роль не висловлювати думку про достовірність тверджень заявників про те, що офіційні особи ФСБ або адміністрації Чеченської Республіки були причетні до вбивства Анни Політковської відповідно до вимог процесуального аспекту ст. 2 у контексті сьогодення, справи органи внутрішніх слідчих органів повинні були вивчити ці твердження, навіть якщо вони в кінцевому підсумку будуть необґрунтованими. Це особливо актуально, враховуючи журналістську роботу Анни Політковської, яка висвітлювала конфлікт у Чечні.

Зважаючи на вищевикладене, Суд не переконаний в тому, що розслідування вбивства Анни Політковської відповідало вимогам адекватності.

Тепер Суд розгляне вимогу про те, щоб розслідування проводилося негайно і з розумною швидкістю (див. «*Армані Да Сільва*», § 240). Хоча таку вимогу за ст. 2 цієї статті не слід розглядати окремо і незалежно від інших параметрів, комбінація яких робить дослідження ефективним (див. «*mutatis mutandis, Сарбьянова-Пашалійская і Пашалійская*», № 3524/14, § 41, 12.01.17 р., і «*Мустафа Тунч і Фусір Тунч*», § 225), Суд нещодавно зауважив у контексті справи за ст. 2 щодо розгляду, порушеної для з'ясування обставин смерті людини в умовах стаціонару, що тривалість розгляду є переконливим доказом того, що такий розгляд свідчив би про порушення до рівня порушення пози-

тивних зобов'язань держави-відповідача відповідно до Конвенції, якщо держава не надала переконливих і правдоподібних підстав для обґрунтування тривалості розгляду (див. «*Lopes de Sousa Fernandes*», § 219).

В обставинах сьогодення справи, коли кримінальне розслідування розпочалося 07.10.06 р. і ще не було припинено, Суд не переконаний у тому, що російський уряд навів переконливі і правдоподібні причини для обґрунтування тривалості розгляду. Зокрема, їх посилення на кількість томів справи слідства і допиту свідків представляється невідповідним за відсутності відсутних результатів у розслідуванні щодо тих, хто замовив вбивство, яке затягнулося на багато років.

Суд зазначає, що він раніше виявив порушення ст. 2 Конвенції в її процесуальному аспекті у справі про вбивство політичного діяча через тривалість розслідування, яке призвело до засудження кількох злочинців затягнувся на кілька років. Відхиливши аргумент відповідача уряду про те, що кримінальне судочинство у цьому випадку було складним через відсутність обґрунтування затримок, Суд зазначив, що надмірна затримка в розслідуванні саме по собі тягне за собою висновок про те, що розслідування було неефективним для цілей ст. 2 Конвенції (див. «*Cerf v. Turkey*», № 12938/07, §§ 80-81, 03.05.16 р.). Він готовий йти такою лінією міркувань в обставинах сьогодення справи і робить висновок, що під час відсутності цілком правдоподібних і переконливих причин, здатних виправдати його, тривалість розгляду по розслідуванню вбивства Анни Політковської призвела до порушення оперативності та розумної ретельності, як складових вимог процесуального зобов'язання згідно зі ст. 2 Конвенції. На думку Суду, його висновки щодо адекватності розслідування і його оперативності та розумної ретельності достатні, щоб зробити висновок про те, що розслідування вбивства Анни Політковської не було ефективним, як того вимагає ст. 2 Конвенції. У таких обставинах Суд не вважає за необхідне розглядати питання про незалежність розслідування.

Мало місце порушення ст. 2 Конвенції в її процедурній частині. <...>».

3. СТАТТЯ 3 (ЗАБОРОНА КАТУВАННЯ) КЗПЛ⁷

Ефективне розслідування.

Нездатність провести ефективне розслідування

⁷ Стаття 3 КЗПЛ. Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню або покаранню.



тверджень про поведження, яке принижує гідність, на робочому місці: порушення.

Рішення від 19.07.18 р. у справі «Ховханісян проти Вірменії», заява № 18419/13⁸.

Факти. Заявник є державним службовцем, яка працює в Міністерстві охорони навколишнього середовища. За словами заявника, у неї була суперечка з її начальником щодо її акта оцінки в його кабінеті. Останній та його заступник напали на неї, схопили її руки, ображали і примусово забрали в неї акт. Внаслідок насильства вона знепритомніла, зазнала тілесних ушкоджень, отримала численні синці на руках і була серйозно принижена.

Заявник повідомила про інцидент начальника відділу Міністерства та поліцію. Поліцейський слідчий призначив судово-медичну експертизу заявника, допитав її і прийняв заяви її начальників та колег. Судово-медична експертиза підтвердила, що заявник мала синці на різних ділянках її руки. Проте всі її колеги, які подавали заяви, і які були підлеглими передбачуваним винним, заперечували версію подій, надану заявником. На підставі цих заяв та наказів прокурора слідчий відмовився відкривати кримінальну справу. Заявник безуспішно оскаржувала це рішення.

Право. Стаття 3 КЗПЛ (процесуальний аспект). Заявник подала заяву про поведження, яке принижує гідність, яка досягла мінімального рівня жорстокості згідно зі ст. 3. Проте не було розпочато жодного розслідування, а також не було проведено жодного внутрішнього розслідування у Міністерстві. Під час допиту національні органи влади не зробили серйозних спроб з'ясувати, що трапилося. Не було зроблено жодних кроків, наприклад, для того, щоб узяти свідчення в колег заявника під присягою для уникнення будь-яких можливих проблем, викликаних тим фактом, що вони були підлеглими стверджувальних правопорушників. Не було встановлено, яким чином були нанесені тілес-

ні ушкодження заявникові, за яких обставин і чи були вони пов'язані з оскаржуваним інцидентом. Крім того, не було докладено жодних зусиль для уточнення певних протиріч у висловлюванні її керівника або для з'ясування того, чи є його твердження точними. Також начальник відділу Міністерства або інші адміністративні органи не вжили жодних заходів до того, як заявник повідомила про це питання поліцію. З урахуванням вищезазначених недоліків державні органи влади не провели належного розслідування тверджень заявника про жорстоке поведження.

Висновок: порушення (одногосно).

Стаття 41 КЗПЛ: 3 000 євро у зв'язку з відшкодуванням моральної шкоди.

4. СТАТТЯ 4 (ЗАБОРОНА РАБСТВА І ПРИМУСОВОЇ ПРАЦІ) КЗПЛ⁹

Торгівля людьми.

Позитивні зобов'язання.

Нездатність провести ефективне розслідування тверджень про торгівлю людьми та експлуатацію для проституції: порушення.

Рішення від 19.07.18 р. у справі «С. М. проти Хорватії», заява № 60561/14¹⁰.

Факти. Заявник ініціювала обвинувачення в кримінальному злочині проти певного Т. М., колишнього поліцейського, стверджуючи, що протягом періоду з літа 2011 року до вересня того ж року він фізично та психологічно примушував її займатися проституцією. Згодом Т. М. був обвинувачений за обвинувальним актом у примушуванні іншої особи займатися проституцією як злочин за обтяжувальних обставин — організації проституцією. У 2013 році кримінальний суд виправдав Т. М. на підставі того, що, незважаючи на те, що було встановлено, що він організував групу задля зайняття проституцією, в яке він втягнув заявницю, не було встановлено, що він примусив її займатися проституцією.

⁸ Novhannisyian v. Armenia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184659>.

⁹ Стаття 4 КЗПЛ. 1. Нікого не можна тримати в рабстві або в підневільному стані. 2. Ніхто не може бути присилуваний виконувати примусову чи обов'язкову працю. 3. Для цілей цієї статті значення терміна «примусова чи обов'язкова праця» не поширюється: а) на будь-яку роботу, виконання якої зазвичай вимагається під час призначеного згідно з положеннями статті 5 цієї Конвенції тримання в умовах позбавлення свободи або під час умовного звільнення; б) на будь-яку службу військового характеру або — у випадку, коли особа відмовляється від неї з мотивів особистих переконань у країнах, де така відмова визнається; — службу, яка вимагається замість обов'язкової військової служби; с) на будь-яку службу, що вимагається у випадку надзвичайної ситуації або стихійного лиха, яке загрожує життю чи благополуччю суспільства; д) на будь-яку роботу чи службу, яка є частиною звичайних громадянських обов'язків.

¹⁰ Case of S. M. v. Croatia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184665>.



Йому лише було пред'явлене обвинувачення у розглянутому злочині за обтяжувальних обставин, і таким чином він не міг бути засуджений за основну форму організації проституції. Апеляція державної прокуратури проти цього рішення була відхилена, а конституційна скарга заявника була визнана неприйнятною.

Право. Стаття 4 КЗПЛ. Торгівля людьми або експлуатація проституції загрожують людській гідності та основним свободам її жертв і не можуть вважатися сумісними з демократичним суспільством та цінностями, викладеними в Конвенції. Не було необхідно визначити, чи оскаржене заявником ставлення складало «рабство», «каторжні роботи» або «примусову та обов'язкову працю». Натомість був зроблений висновок, що саме торгівля людьми, а також втягнення у зайняття проституцією — у значенні ст. 3 (а) Палермського протоколу, ст. 4 (а) Конвенції Ради Європи про боротьбу з торгівлею людьми (Конвенція проти торгівлі людьми), ст. 1 Конвенції ООН про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особам та Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (CEDAW) — підпадало під сферу застосування ст. 4. У зв'язку з цим було неважливим, що заявник був фактично громадянином держави-відповідача та не існувало інтернаціонального елемента, оскільки ст. 2 Конвенції про боротьбу з торгівлею людьми охоплювала «всі види торгівлі людьми, як національну, так і транснаціональну» та Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами посилалися на експлуатацію проституції взагалі.

Суд зазначив, що скарги заявника мали три аспекти та оцінив їх окремо:

(i) чи існували відповідні правова та нормативна бази. Проституція в Хорватії була незаконною. Експлуатація проституції, у тому числі примусова проституція як ускладнена форма першої, і особиста пропозиція сексуальних послуг, були віднесені до розряду протизаконних. Кримінальні злочини торгівлі людьми, рабства, примусової праці та кримінальний злочин звідництва (сутенерства) були заборонені. Згода потерпілого не має значення для існування кримінального правопорушення торгівлі людьми, і з 2013 року це саме було прямо зазначено в Кримінальному кодексі щодо сутенерства. Крім того, з 2013 року придбання сексуальних послуг складало злочинну дію. Переслідування в судовому порядку у зв'язку з усіма перера-

хованими вище злочинами здійснювалося державною прокуратурою. Кримінально-процесуальний кодекс Хорватії також містив положення про права жертв кримінальних правопорушень та, зокрема, жертв злочинів проти сексуальної свободи. Крім того, уряд Хорватії прийняв різні стратегічні документи, спрямовані на запобігання та боротьбу з торгівлею людьми, а також створення спеціалізованих команд, призначених для надання допомоги жертвам торгівлі людьми. Суд, таким чином, був задоволений тим, що на той час, коли було скоєне передбачуване правопорушення та проведене переслідування в судовому порядку, у Хорватії існувала відповідна правова база для розгляду в контексті торгівлі людьми, примусової проституції та експлуатації для проституції;

(ii) підтримка заявниці. Заявниця ніколи не заперечувала та не подавала скарги щодо поведінки національних органів влади, у тому числі суду, який здійснював кримінальне провадження проти Т. М., будь-якого іншого органу влади або будь-якої скарги стосовно її прав як жертви торгівлі людьми або щодо допомоги, підтримки та будь-якої форми консультування, наданого їй або його відсутності. Під час судового розгляду заявниця була поінформована про можливість звернутися до Департаменту з організації і надання підтримки свідкам та жертвам у кримінальному суді. Не існувало жодних доказів того, що заявниця звернулася до зазначеного Департаменту. За цих обставин Суд визнав, що заявниці дійсно була надана підтримка та допомога, як це стверджував уряд. Це в першу чергу означало визнання її статусу жертви торгівлі людьми. Таким чином, їй були надані консультації Червоного Хреста Хорватії та безкоштовна юридична допомога за допомогою програми, що фінансується державою, яку проводила неурядова організація. Крім того, негайно за клопотанням заявниці обвинуваченого вивели із залу суду і заявниця надавала показання за його відсутності;

(iii) чи виконали державні органи влади свої процесуальні зобов'язання. Поліція та прокуратура влади діяли негайно, зокрема, під час проведення обшуку приміщень Т. М., заявниці і пред'явлення Т. М. обвинувачення. З іншого боку, свідками, які були допитані під час розслідування і заслухані під час судового розгляду, були лише заявниця та її подруга. Оскільки дійсно її подруга не повністю підтвердила твердження заявниці, існувало зазначення на те, що заявниця



звернулася за допомогою до матері подруги, а не до подруги, і розмовляла телефоном з нею того дня, коли вона втекла. Відразу після втечі від Т. М. заявниця провела декілька місяців з її подругою та її матір'ю. Проте слідчі органи не отримали заяви від матері. Крім того, вони не провели допиту хлопця подруги, який привіз її до квартири її друга. Ці елементи продемонстрували, що національні органи влади не зробили серйозних спроб докладно розслідувати всі відповідні обставини та зібрати всі доступні докази. Вони не зробили наступних спроб для встановлення осіб клієнтів заявника та їх допиту. Вони також не заслухали докази матері заявниці, власника нерухомості і сусідів заявниці та Т. М., кожен з яких міг би мати певну інформацію про справжній зв'язок між заявницею і Т. М., передбачуване побиття та зачинення її у квартирі.

Не існувало жодних зазначень на те, що національні органи влади зробили серйозну спробу докладно розслідувати наступні обставини, які мали значення для оцінювання того, чи Т. М. змусив заявницю займатися проституцією: твердження заявника стосовно того, вона була економічно залежною від Т. М. та про різні форми примусу, які, як стверджується, він використовував проти неї, наприклад наголошуючи, що він був колишнім поліцейським, який мав «арсенал зброї», погрожуючи завданням шкоди її сім'ї та маніпулюючи нею хибними обіцянками, що він знайде їй «належну роботу», а також твердження її подруги, що заявниця була дуже засмучена і боялася Т. М., який продовжував погрожувати їй у соціальних мережах після того, як вона втекла. З'ясувалося, що не був належним чи-

ном врахований і той факт, що під час обшуку приміщень Т. М. поліція знайшла декілька автоматичних гвинтівок. Національні суди не звернули належну увагу на ці елементи і дійшли висновку, що заявник надавала сексуальні послуги добровільно. Крім того, відповідно до законодавства Хорватії, Конвенції ООН про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особам та Конвенції Ради Європи проти торгівлі людьми, згода жертви не була достатньою. Також національні суди відхилили свідчення заявника як ненадійні та непослідовні, з огляду на те, що вона була невпевнена, зупинялася і сумнівалася під час розмови. Національні органи влади не здійснили оцінювання можливого впливу психологічної травми на здатність заявника послідовно та чітко пов'язувати обставини її експлуатації. З огляду на вразливість жертв сексуального злочину, зустріч із Т. М. у залі суду могла мати негативний вплив на заявницю незалежно від того, що Т. М. був згодом виведений із залу суду.

Як підсумок, відповідні державні органи влади не виконали свої процесуальні зобов'язання відповідно до ст. 4 КЗПЛ.

Висновок: порушення (шість голосів проти одного).

Стаття 41 КЗПЛ: 5 000 євро стосовно моральної шкоди.

5. СТАТТЯ 5 (ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНІСТЬ) КЗПЛ¹¹

Стаття 5 § 5. Компенсація. Нездатність надати відповідну компенсацію особам, які зазнали незаконного внутрішньодержавного ув'язнення: порушення.

¹¹ Стаття 5 КЗПЛ. 1. Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: а) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом; б) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом; в) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення; г) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу; е) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг; ф) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції. 2. Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього. 3. Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед судьєю чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судові засідання. 4. Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним. 5. Кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування.



Рішення від 10.07.18 р. у справі «Василевський і Богданов проти Росії», заяви № 52241/14 і № 74222/14¹².

Факти. Заявники скаржилися на те, що розмір відшкодування збитків, присуджених національними судами за незаконне ув'язнення, був настільки незначним, що порушив саму сутність їх права відповідно до ст. 5§1 Конвенції.

Право. Стаття 5 § 5 КЗПЛ. Національні суди встановили по суті, що пан Василевський був позбавлений свободи на один з половиною рік внаслідок грубої та очевидної помилки та незаконне засудження пана Богданова було наслідком грубої відмови у здійсненні правосуддя, яка завдала шкоди законності його наступного ув'язнення. Тому ст. 5 § 5 була застосовною.

Національні суди намагалися сумлінно і по своїй змозі оцінити рівень страждання, лиха, тривоги або інших шкідливих наслідків, понесених заявниками у зв'язку з їх незаконним ув'язненням. Таке оцінювання повинне проводитися відповідно до національних законних вимог і враховувати стандарти життя в країні, навіть якщо наслідком цього стала виплата суми, нижчої від визначених Судом сум у таких справах. Пану Василевському було присуджено 3 320 євро за 472 днів, протягом яких він був незаконно ув'язнений, і пану Богданову — 324 євро за 119 днів, протягом яких він був незаконно ув'язнений, складала відповідні статки 7 євро і 2,70 євро за добу незаконного позбавлення свободи. Цей рівень компенсації не був лише суттєво нижчим від присуджених винагород Суду у таких справах, але також непропорційним тривалості їх тримання

під вартою і був незначним в абсолютних розмірах. Присуджені суми були настільки низькими, що підтримували рівень сутності права заявників на компенсацію.

Висновок: порушення (одногосно).

Стаття 41 КЗПЛ: 5000 євро кожному у зв'язку з відшкодуванням моральної шкоди. Крім того, найбільш відповідною формою відшкодування, у принципі, було відновлення провадження про відшкодування за зверненням та нова оцінка тверджень заявників відповідно до вимог цього положення та прецедентного права Суду. Це становить законну можливість на національному рівні.

**6. СТАТТЯ 6 § 1 КЗПЛ¹³
(ЦИВІЛЬНИЙ АСПЕКТ)**

Доступ до суду.

Неприйнятність цивільного позову заявника за невиконання встановленого строку позовної давності: відсутність порушення.

Рішення від 12.07.18 р. у справі «Каменова проти Болгарії», заява № 62784/09¹⁴.

Факти. У 1997 році дочка заявниці загинула внаслідок дорожньо-транспортної пригоди, в якій було декілька жертв. У 1999 році водій вантажівки, відповідальний за аварію, був засуджений. У 2001 році, після того як його засудження було скасоване і справа була передана для нового розгляду, заявниця подала позов про компенсацію. У 2006 році їй було присуджене відшкодування завданої шкоди, проте у 2007 році присуджена винагорода була скасована і її вимога була оголошена непринятною на підставі того, що вона

¹² Vasilevskiy and Bogdanov v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184521>.

¹³ Стаття 6 КЗПЛ. 1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або — тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, — коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя. 2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку. 3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: а) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього; б) мати час і можливість, необхідні для підготовки свого захисту; в) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або — за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника — одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя; г) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення; е) якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, — одержувати безоплатну допомогу перекладача.

¹⁴ Kamenova v. Bulgaria. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184475>.



була подана несвоєчасно, тобто після передачі справи, а не до її початкового розгляду судом першої інстанції, як цього вимагає Кримінально-процесуальний кодекс. Пізніше, того ж року, заявниця подала позов із цивільного правопорушення проти водія. Він був відхилений як погашений давністю, з огляду на те, що встановлений законом строк у п'ять років закінчився у 2002 році, а запізнита вимога заявника, подана в контексті кримінального провадження у 2001 році, не могла перешкодити його проведенню.

Право. Стаття 6 § 1 КЗПЛ. Незважаючи на те, що існування строку давності не було *per se* несумісним з Конвенцією, застосування таких строків давності повинне було бути передбачуваним для заявників з урахуванням відповідного законодавства, прецедентного права і особливих обставин.

У Кримінально-процесуальному кодексі було чітко зазначено, що будь-які цивільні позови необхідно було подавати до початку розгляду справи судом першої інстанції, і прецедентне право, яке приймало виняток до цього правила, було незначним. Таким чином, заявниці повинно було бути відомо, що у 2001 році, коли вона подала цивільний позов у кримінальному провадженні лише після передачі справи, вона мала ризик визнання цієї заяви неприйнятною. Крім того, цивільні суди, які розглядали звернення заявниці у 2007 році, згідно з відповідним національним законодавством постановили, що подання неприйнятного позову не могло переривати перебіг строку позовної давності, який уже закінчився у 2002 році. Відповідно, застосування правил щодо строків позовної давності було досить передбачуваним.

Заявниця не надала жодних пояснень стосовно того, чому вона не подала її позов на початковому етапі кримінального провадження та не посилалася на жодну перешкоду для її права на доступ до суду на той час. Крім того, можливість подання окремого позову до цивільного суду залишалася відкритою для неї до закінчення строку давності у 2002 році. Незважаючи на те, що розгляд такого позову був би призупинений для очікування висновку в кримінальному провадженні стосовно провини водія, не стверджувалося, що затримка, створена у такий спосіб, неприпустимо обмежувала право заявниці на доступ до суду, а також те, що цивільні суди зазнали б будь-яких пере-

шкод для розгляду позову заявниці по суті. Незважаючи на існування двох чітко доступних шляхів для розгляду її позову, вона ризикнула подати потенційно неприйнятний позов у кримінальному провадженні після передачі справи.

Дійсно, національні суди можливо критикувати за спосіб, у який вони розглядали справу. Зокрема, у 2001 році, коли регіональний суд помилково прийняв для розгляду позов заявника в кримінальному провадженні, заявниця зазнала перешкод відповідно до національного законодавства для подання такого ж позову до цивільного суду. Цей позов усе ще очікував рішення суду до 2007 року, задовго після закінчення строку позовної давності. Лише після того як він був виявлений неприйнятним, заявниця отримала можливість відкрити окреме цивільне провадження. Якщо б регіональний суд відмовився приймати позов для розгляду, або якщо б він був визнаний неприйнятним раніше, або якщо б кримінальні суди передали його до цивільних судів відповідно до доступної процедури, заявниця отримала б можливість подати свій позов до цивільних судів вчасно, та вони б розглянули його по суті.

Проте помилки національних судів не могли змінити той факт, що заявниця без жодних обґрунтувань не скористалася чіткою та безперечною можливістю розглянути її позов належним чином. Через нездатність подати свій позов про відшкодування шкоди до кримінального суду на початку процедури, що зробили інші жертви аварії, а також через нездатність згодом подати свій позов безпосередньо до цивільних судів, заявниця поставила себе у стан, в якому вона мала ризик оголошення свого позову погашеним давністю. Отже, неможливо стверджувати, що встановлений законом строк позовної давності або спосіб, у який його тлумачили або застосовували національні суди, завдав шкоди самій сутності права заявника на доступ до суду.

Висновок: відсутність порушення (чотири голоси проти трьох)¹⁵.

7. СТАТТЯ 6 § 3 (D) КЗПЛ

Допит свідків. Засудження за насильство в сім'ї на підставі чітко підтверджених неперевіраних доказів жертви, яка відмовилася надавати свідчення, про яке

¹⁵ Див. також рішення ЄСПЛ від 02.10.12 р. у справі «Банічевіч проти Хорватії» (заява № 44252/10).



був повідомлений суддя, що здійснював провадження: відсутність порушення.

Рішення від 26.07.18 р. у справі «Н. К. проти Німеччини», заява № 59549/12¹⁶.

Факти. Проти заявника було відкрите провадження на підставі підозри у тому, що він скоїв акти насильства проти його дружини, Р. К. За запитом прокуратури її допитав суддя, який проводить розслідування, після того як останній прийняв рішення не допустити заявника до слухання відповідно до Кримінально-процесуального кодексу, оскільки, з огляду на характер повідомлених правопорушень, існував ризик того, що Р. К. не надаватиме свідчення або не буде говорити правду в присутності заявника. Заявникові не був призначений адвокат для захисту під час проведення перехресного допиту Р. К. на цьому слуханні як цього вимагала процедура.

Основне провадження було відкрите проти заявника, а Р. К. повідомила національний суд про те, що вона не бажає надавати свідчення. Право — нинішнього або колишнього — чоловіка або дружини обвинуваченого не надавати свідчення було закріплене в Кримінально-процесуальному кодексі, але в прецедентному праві був передбачений виняток для «спонтанного висловлювання», зробленого свідком до або поза його або її офіційними свідченнями. Суддя, який проводить розслідування, був допитаний щодо доказів, які він отримав від його допиту Р. К., оскільки були присутні співробітники поліції, які стверджували, що заяви Р. К. були віднесені до категорії «спонтанного висловлювання» і були використані національним судом. Згодом Р. К. повідомила, що вона не надавала згоду на використання доказів, які вона надала судді, який проводить розслідування, співробітникам поліції та призначеному судом медичному експерту; а також не погоджувалася на використання результатів медичного огляду.

Національний суд визнав заявника винним у небезпечному нападі, примусі та умисному завданні тілесних ушкоджень. Він був засуджений до шести років і шести місяців ув'язнення. Усі апеляції були відхилені.

Право. Стаття 6 § 3 (d) КЗПЛ. Принципи, викладені в справі «Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom» та в справі «Schatschaschwili v. Germany» стосовно відсутніх свідків *mutatis mutandis* були застосовані до цієї справи. Р. К. мала право відповідно до Кримі-

нально-процесуального кодексу відмовитися надавати свідчення проти заявника тому, що вона була його дружиною. Таким чином, існувала достатня підстава для її відсутності на перехресному допиті під час судового розгляду та для прийняття доказів Р. К., про які повідомляв суддя, який проводить розслідування, і, частково, два співробітники поліції під час судового розгляду. У зв'язку з цим Суд не вбачав будь-якого свавілля у визначенні національним судом заяви Р. К. співробітниками поліції як «спонтанне висловлювання» і вважав, що не існувало жодного прояву неповаги права заявника згідно з Конвенцією під час прийняття цього твердження як доказу, про що повідомили співробітники поліції.

Стосовно значення неперевіраних доказів досудової заяви Р. К. не були єдиними доказами, на які покладався національний суд. Цей суд також покладався на заяви радника жіночого притулку, якому Р. К. докладно розповіла про інциденти та показала її ушкодження; сина Р. К., який чув крики та сварку заявника і Р. К.; свідчення декількох сусідів, які бачили Р. К. відразу ж після її втечі із сімейного будинку з кровоточивим пораненням на голові в переляканого стані і бачили, як заявник покинув цей будинок і поїхав після цього; а також на лист Р. К., в якому вона навела приклади дій, скоєних заявником у розглянутий період; чорновий лист, який її чоловік змусив написати дружині її колишнього коханця; заяву Р. К. співробітникам поліції, які суд відніс до категорії «спонтанного висловлювання». Національний суд дійшов висновку, що засудження заявника може бути засноване на заявах Р. К., про які повідомив слідчий, оскільки вони були підтверджені іншими важливими факторами, не залежними від них. Це оцінювання значення доказів не було неприйнятним та свавільним. Водночас заява Р. К., яку вона зробила на досудовому етапі, мала принаймні важливе значення для засудження заявника та прийняття цієї заяви могло перешкоджати захисту.

Стосовно врівноважувальних заходів для компенсації недоліків захисту внаслідок прийняття неперевіраних доказів свідків під час судового розгляду уряд і сам національний суд погодилися, що заявникові повинен бути призначений адвокат, який міг би допитати Р. К. під час слухання до судді, який проводить розслідування. Не виконавши цього,

¹⁶ Case of N. K. v. Germany. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185229>.



національні органи влади створили передбачуваний ризик, з огляду на те, що R. K. була дружиною заявника і, таким чином, мала право відмовитися від надання свідчень згідно з національним законодавством — можливий випадок, який згодом реалізувався, — ані заявник, ані його адвокат не мали можливості допитати R. K. на будь-якому етапі провадження. Проте національний суд ретельно та обережно оцінив правдоподібність та достовірність заяв R. K., про що повідомив суддя, який проводить розслідування, і також існувала велика кількість достатніх підтверджувальних доказів. Заявникові була надана можливість представити власну версію подій, що він вирішив не робити, і провести перехресний допит судді, який проводить розслідування, коли він надавав свідчення як свідок.

Під час проведення оцінювання загальної справедливості судового розгляду з урахуванням вищевикладених міркувань — зокрема значення свідчення R. K. для засудження заявника — підхід національного суду до оцінювання цієї заяви, доступності і достатності наступних викривальних доказів та компенсаційних процесуальних заходів, вжитих національним судом, Суд виявив, що врівноважувальні фактори були здатними компенсувати перешкоди, з якими працював захист. Кримінальне провадження проти заявника, розглянуте в повному обсязі, не було визнане несправедливим у зв'язку з прийняттям як доказів неперевірених свідчень R. K., про які повідомив суддя, що проводить розслідування.

Висновок: відсутність порушення (одногосно)¹⁷.

¹⁷ Див. також рішення ЄСПЛ у справах «Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom» [ВП], заяви № 26766/05 і № 22228/06, 15.12.11 р. і «Schatschaschwili v. Germany» [ВП], заява № 9154/10, 15.12.15 р.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо неможливості розгляду справ у спорах, що виникають з корпоративних відносин у порядку спрощеного позовного провадження

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду на засіданні 05.09.18 р. розглянув у відкритому судовому засіданні справу № 925/1476/17 про визнання недійсними рішень загальних зборів акціонерів.

Рішенням господарського суду у задоволенні позову відмовлено повністю. При цьому суд першої інстанції зазначив, що у судовому засіданні вирішив питання про перехід до розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження у зв'язку з набранням чинності новою редакцією Господарського процесуального кодексу України¹. Учасники не заперечили проти такого переходу та поклалися на розсуд суду.

Постановою апеляційного господарського суду рішення залишено без змін. По суті заявлених позовних вимог суд апеляційної інстанції погодився з висновками місцевого господарського суду. Водночас апеляційний господарський суд вказав на те, що оскільки спір у справі пов'язаний із реалізацією позивачем своїх корпоративних прав, то суд першої інстанції помилково розглянув справу в порядку спрощеного позовного провадження.

Касаційний господарський суд погодився з висновком апеляційного господарського суду про помилковість переходу суду першої інстанції до розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження.

Проте колегія суддів акцентувала увагу на тому, що *порушення норм процесуального права є обов'язковою підставою для скасування судового рішення суду першої інстанції та ухвалення нового судового рішення, якщо суд розглянув у порядку спрощеного позовного провадження справу, яка підлягала розгляду за правилами загального позовного провадження.*

Зазначені положення є імперативними для суду апеляційної інстанції. Відтак необґрунтованим та помилковим є висновок апеляційного господарського суду про залишення рішення місцевого господарського суду без змін. Твердження суду про те, що формальне скасування рішення призведе до затягування розгляду справи, не ґрунтується на нормах права та не може бути підставою для ухвалення постанови всупереч визначеним законом повноваженням.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76326068>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо забезпечення участі перекладача в кримінальному провадженні

Верховний Суд колегією суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду на засіданні 31.05.18 р. розглянув в судовому засіданні матеріали кримінального провадження щодо Особа 1, притягнутої до відповідальності за ст. 121 ч. 1 Кримінального кодексу України², у справі № 328/3292/16-к, провадження № 51-610км17.

Слідчий, прокурор або суд забезпечує участь перекладача в кримінальному провадженні, якщо заінтересована особа використала надане їй право на ініціювання залучення перекладача та для цього існують підстави, передбачені законом.

Про це йдеться в постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду

¹ Далі за текстом — ГПК.

² Далі за текстом — КК.



у складі Верховного Суду, яка розглянула касаційну скаргу захисника чоловіка, засудженого за ч. 1 ст. 121 Кримінального кодексу України (умисне тяжке тілесне ушкодження), на вирок апеляційного суду.

Згідно з судовим рішенням місцевого суду особа отримала покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років. Апеляційний суд скасував вирок суду першої інстанції в частині призначеного покарання та ухвалив новий вирок: чоловік був позбавлений волі строком на 7 років.

У касаційній скарзі адвокат просив скасувати вирок апеляційного суду, вважаючи, що призначене судом першої інстанції покарання є достатнім для виправлення засудженого. Крім того, захисник вказав на помилковість встановленої судами обох інстанцій обставини, що чоловік є громадянином України, оскільки він є громадянином Російської Федерації. На думку адвоката, у зв'язку з цим у вказаному кримінальному провадженні потрібно було залучити перекладача, оскільки засуджений погано володіє українською мовою, про що в апеляційному суді останньому не надали можливості повідомити.

У постанові Верховного Суду зазначається, що апеляційний суд призначив засудженому покарання відповідно до вимог закону. До того ж колегія суддів визнала доводи захисника про те, що засуджений є громадянином РФ, погано володіє українською мовою та у зв'язку із чим залучення перекладача у вказаному кримінальному провадженні було обов'язковим, безпідставними, зважаючи на таке.

Аналіз положень Кримінального процесуального кодексу України³ та Закону України «Про засади дер-

жавної мовної політики» показує: забезпечення участі перекладача здійснюється в залежності від стадії кримінального провадження слідчим, прокурором або судом за умови використання заінтересованою особою наданого їй права на ініціювання залучення перекладача (у цьому випадку — засудженим або його захисником) та наявності для цього передбачених законом підстав.

Як було встановлено, досудове розслідування, провадження в судах першої та апеляційної інстанції здійснювалося українською мовою, процесуальні документи складені цією мовою і відповідні з них були вручені чоловікові. При цьому ні останній, ні його захисники не вказували на те, що особа погано володіє українською мовою та не просили залучити перекладача.

До того ж під час розгляду справи в апеляційному суді засудженому тричі надавалося слово, а з наявних в матеріалах провадження копій документів убачається, що він є громадянином України.

Колегія суддів зробила такий висновок: *зважаючи на наведені обставини та враховуючи, що засуджений не вказував на необхідність залучення перекладача у цьому кримінальному провадженні, в судів не було об'єктивних підстав для залучення перекладача за власною ініціативою.*

Верховний Суд залишив вирок апеляційного суду без змін.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475851>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо повернення безпідставно набутої заробітної плати

Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду на засіданні 20.06.18 р. розглянув справу № 501/2500/15-ц, провадження № 61-4504св18, у порядку письмового провадження касаційну скаргу Державного підприємства «Служба капітана Іллічівського морського рибного порту» на рішення Іллічівського міського суду

Одеської області від 07.04.16 р. та ухвалу Апеляційного суду Одеської області від 19.05.16 р.

Суди першої та апеляційної інстанцій відмовили у задоволенні позову роботодавця до працівника про стягнення зайво виплаченої заробітної плати за роботу за сумісництвом, який було мотивовано незаконністю отримання відповідачем грошових коштів,

³ Далі за текстом — КПК.



що встановлено відповідною перевіркою та підтверджено судами при розгляді адміністративного позову.

Суди виходили з недоведеності факту недобросовісного набуття відповідачем цих грошових коштів та відсутності рахункової помилки, яка призвела до цього, що виключає можливість їх стягнення на підставі ст. 1215 Цивільного кодексу України⁴.

Залишаючи ці судові рішення без змін, Верховний Суд зазначив, що до правовідносин щодо набуття грошових коштів без достатньої правової підстави, якщо ці кошти є заробітною платою і платежами, що привірюються до неї, яка проведена іншою особою добровільно, за відсутності рахункової помилки з її боку і недобросовісності з боку набувача, застосуванню підлягають положення ст. 1215 ЦК, за якою зазначені грошові кошти поверненню не підлягають.

До лічильних (рахункових) помилок належать не правильності в обчисленнях, дворазове нарахування заробітної плати за один і той самий період тощо. Не можуть вважатися ними не пов'язані з обчислення-

ми помилки в застосуванні закону та інших нормативно-правових актів, що має місце у цій справі. Це може бути, наприклад, отримання неправильного підсумку при складанні, невірне написання суми, помилки при введенні початкових даних у комп'ютерну програму, які не вимагають правової оцінки. Таким чином, рахункова помилка — це результат неправильного застосування правил арифметики, — не більше того. Різновидом лічильної помилки може бути, наприклад, отримання неправильного результату при додаванні.

Встановивши, що відповідач отримала від позивача спірні грошові кошти у вигляді заробітної плати, їх виплата проведена позивачем добровільно, без рахункової помилки та без недобросовісності з боку відповідача, суди попередніх інстанцій обґрунтовано відмовили в задоволенні цього позову, поданого на підставі ст. 1215 ЦК.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74895523>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо критерія для розмежування компетенції судів

Велика Палата Верховного Суду на засіданні 13.06.18 р. розглянула в порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу ОСОБА_5 на рішення Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 30 листопада 2016 року та ухвалу Апеляційного суду Сумської області від 13 лютого 2017 року, у цивільній справі № 583/2715/16-ц, провадження № 14-174цс18, за позовом ОСОБА_3, ОСОБА_4 до Сільради, ОСОБА_5, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, на стороні відповідачів: управління Держгеокадастру в Охтирському районі Сумської області, ПП «Бюро землевпорядного проектування», про визнання незаконним та скасування висновку узгоджувальної комісії з питань вирішення земельних спорів.

Аналіз змісту ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України⁵ та ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України⁶ у редакції, чинній на час розгляду цієї справи в судах першої й апеляційної інстанцій, у сукупності дає підстави для висновку, що *під час вирішення питання про розмежування компетенції судів щодо розгляду адміністративних і цивільних справ у кожній конкретній справі не достатньо застосування виключно формального критерію — участі у спірних правовідносинах суб'єкта владних повноважень. Визначальною ознакою для правильного вирішення такого питання є характер правовідносин, з яких виник спір.*

Велика Палата погодилася з висновком судів попередніх інстанцій про відсутність правових підстав для віднесення цієї справи до адміністративної

⁴ Далі за текстом — ЦК.

⁵ Далі за текстом — ЦПК.

⁶ Далі за текстом — КАС.



юрисдикції, відтак справа підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства, оскільки стосується правомірності визначення меж земельної ділянки за позовом землевласників суміжних земельних ділянок та не є публічно-правовим спором.

Щодо суті спору, то суди встановили, що рішенням сільради створено узгоджувальну комісію з питань вирішення земельних спорів та затверджено положення про Комісію, яка діє від імені органу місцевого самоврядування.

Велика Палата підтвердила обґрунтованість висновку судів попередніх інстанцій про визнання не-

законним та скасування висновку Комісії від 4 квітня 2016 року як такого, що винесено з порушенням вимог законодавства, зокрема, без належного повідомлення позивачів про вирішення земельного спору Комісією, адже на момент надання спірного висновку між сторонами як суміжними землевласниками існував спір щодо площ, лінійних розмірів та конфігурації земельних ділянок, що свідчить про відсутність ознак публічно-правового спору.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74838825>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо вирішення спорів про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню

Велика Палата Верховного Суду на засіданні 16.05.18 р. розглянула в порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу ОСОБА_3 на рішення Апеляційного суду Запорізької області від 20.10.16 р. у цивільній справі за позовом ОСОБА_3 до ТОВ «ПМ», приватного нотаріуса Київського міського нотаріального округу, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, — ВДВС Святошинського РУЮ у м. Києві, про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, справа № 320/8269/15-ц, провадження № 14-83цс18.

Чинним законодавством України врегульовано способи і порядок звернення стягнення на предмет застави. При позасудовому способі звернення стягнення на предмет застави необхідно враховувати вимоги спеціального закону, яким є Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Суди попередніх інстанцій встановили, що позивач — фізична особа та відповідач — ТОВ «ПМ» уклали кредитний договір. На забезпечення виконання зобов'язань за кредитним договором сторони уклали договір застави транспортного засобу. Позивач у визначені кредитором строки заборгованості не сплатив, ТОВ «ПМ» звернулося до приватного нотаріуса із заявою про вчинення виконавчого напису. Обставини в частині отримання повідомлення про дострокове повернення кредиту позивач також оспорував. При-

ватний нотаріус вчинив виконавчий напис, яким зобов'язано звернути стягнення на транспортний засіб, що належить на праві власності позивачу, згідно із договором застави для задоволення вимог за рахунок коштів, отриманих від реалізації цього транспортного засобу.

Можливість звернення стягнення на предмет застави на підставі виконавчого напису нотаріуса передбачено законами України «Про нотаріат», «Про заставу», «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». Разом з тим порядок звернення стягнення на заставне майно врегульовано у Законі України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», який є спеціальним.

Обтяжувач, який ініціює звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження, зобов'язаний до початку процедури зареєструвати в Державному реєстрі обтяжень рухомого майна (далі — Реєстр) відомості про звернення стягнення на предмет застави.

Така вимога узгоджується із ч. 1 ст. 27 спеціального закону, згідно з якою обтяжувач, який має намір звернути стягнення на предмет забезпечувального обтяження в позасудовому порядку, зобов'язаний надіслати боржнику та іншим обтяжувачам письмове повідомлення про порушення забезпеченого обтяженням зобов'язання. Повідомлення надсилається



одночасно з реєстрацією в Реєстрі відомостей про звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження.

Вказані вимоги є імперативними і не залежать від розсуду стягувача. Ухилення від надсилання боржнику такого повідомлення, реєстрації в Реєстрі відомостей, а також недотримання 30-денного строку з моменту реєстрації є порушеннями, зважаючи на які нотаріус не може вчинити виконавчий напис про звернення стягнення на предмет застави.

Відсутність у Законі України «Про нотаріат» та у Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженому наказом Міністерства юстиції України, вимоги до нотаріуса провести перевірку дій стягувача щодо дотримання норм спеціального закону щодо реєстрації в Реєстрі відомостей про звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження та спливу 30-денного строку з моменту реєстрації не свідчить

про можливість нотаріуса не виконати ці вимоги. Коли нотаріус встановлює на стадії відкриття нотаріального провадження, що заява стягувача не містить такої інформації або стягувач не надав необхідних документів, що підтверджують зазначені обставини, це перешкоджає йому вчиняти виконавчий напис.

У зв'язку з викладеним Велика Палата Верховного Суду вважає той факт, що стягувач не дотримався положень ч. 3 ст. 24 та ч. 1 ст. 27 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» і не здійснив реєстрації у Реєстрі відомостей про звернення стягнення на предмет обтяження до того, як нотаріус вчинить виконавчий напис, достатньою правовою підставою для визнання його таким, що не підлягає виконанню.

Детальніше з текстом постанови можна ознайомитися за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506060>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо хуліганства із застосуванням зброї чи предмета для нанесення тілесних ушкоджень

Верховний Суд колегією суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду на засіданні 06.06.18 р. розглянув у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу засудженого ОСОБА_4 на вирок Апеляційного суду Запорізької області від 12.01.17 р. у кримінальному провадженні № 4201204049000011 за обвинуваченням ОСОБА_4, раніше не судимого, у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 296 Кримінального кодексу України (хуліганство), справа 331/2372/15-к, провадження № 51-1077км18.

Кваліфікуючі ознаки хуліганства, вчиненого із застосуванням вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень, є самостійними та підлягають доказуванню в суді.

Так, чоловік обвинувачувався у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 296 КК, який кваліфікувався як грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю, вчинене групою осіб, із застосуванням предмета, заздалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень.

Місцевий суд дійшов висновку: дії чоловіка необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 296 КК (хуліганство, вчинене групою осіб). Апеляційний суд із цим не погодився і скасував вирок місцевого суду, зокрема в частині такої перекваліфікації, визнавши чоловіка винуватим у заподіянні тілесних ушкоджень потерпілому із застосуванням кастету.

При цьому суд апеляційної інстанції послався на показання потерпілого та свідків, які стверджували, що бачили цей предмет у руках обвинуваченого. Проте жодними іншими доказами (висновками експертизи або речовими доказами) заподіяння тілесних ушкоджень потерпілому саме кастетом не підтверджено. Крім того, при формулюванні правової кваліфікації кримінального правопорушення орган досудового розслідування не інкримінував чоловікові заподіяння тілесних ушкоджень потерпілому за допомогою згаданого предмета.

Апеляційний суд визнав доведеними такі фактичні обставини вчиненого злочину, які не були інкриміновані обвинуваченому, чим вийшов за межі пред'явленого обвинувачення.



Колегія суддів звернула увагу на те, що диспозиція ч. 4 ст. 296 КК передбачає відповідальність за вчинення хуліганства із застосуванням вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень. Кастет є холодною зброєю. Водночас предметами, спеціально пристосованими або заздалегідь заготовленими для нанесення тілесних ушкоджень, є будь-які речі, що не належать до зброї, які видозмінені чи спеціально знаходилися у винного з метою завдання тілесних ушкоджень під час хуліганства (металевий прут, камінь, розбита пляшка тощо).

Отже, наведені кваліфікуючі ознаки вказаного

злочину є самостійними та відповідно до ст. 91 КПК підлягають доказуванню в суді.

Однак апеляційний суд не встановив усіх ознак об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 4 ст. 296 КК, та дійшов висновку про застосування особою предмета, заздалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень, а саме кастета, чим допустив суперечності у своїх висновках.

ВС скасував вирок апеляційного суду і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Детальніше з текстом постанови можна ознайомитися за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630330>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо права прокурора на оскарження судового рішення в апеляційному порядку

Колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду на засіданні 12.07.18 р. розглянула у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу прокурора на ухвалу Апеляційного суду Київської області від 09.01.18 р. у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 12017110200000980, справа № 369/3114/17, провадження № 51-5050км18.

Правом на подання апеляційної скарги зі сторони обвинувачення наділений прокурор, який брав участь у судовому провадженні, а також визначені процесуальним законом прокурори вищого рівня.

Так, місцевий суд повернув прокурору обвинувальний акт через те, що документ не відповідав вимогам Кримінального процесуального кодексу України. Це судові рішення було оскаржено до апеляційного суду, який своєю ухвалою повернув апеляційну скаргу прокурора з підстав відсутності в неї повноважень на таке оскарження.

У постанові Верховного Суду зазначається, що ухвала апеляційного суду про повернення апеляційної скарги прокурору не відповідає вимогам кримінального процесуального закону. ВС обґрунтував свою позицію так. Статтею 393 КПК закріплено право прокурора на апеляційне оскарження судових рішень. При цьому згідно з ч. 4 ст. 36 КПК право на подання апеляційної скарги чи касаційної скарги, заяви про перегляд су-

догового рішення за нововиявленими або виключними обставинами мають також незалежно від їх участі в судовому провадженні прокурори вищого рівня: Генеральний прокурор, його перший заступник та заступники, керівник регіональної прокуратури, його перший заступник та заступники.

Тобто правом на подання апеляційної скарги зі сторони обвинувачення наділений прокурор, який брав участь у судовому провадженні, а також визначені процесуальним законом прокурори вищого рівня.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, згаданий прокурор брала участь у засіданні суду першої інстанції в межах підготовчого провадження. Тож, зважаючи на приписи ст. 393, ч. 4 ст. 36 КПК, вона має право оскаржити ухвалу місцевого суду в апеляційному порядку.

Верховний Суд зазначив, що вказані обставини залишилися поза увагою апеляційного суду, який не дав їм належної оцінки, натомість дійшов необґрунтованого висновку про повернення апеляційної скарги прокурора. Відтак Верховний Суд скасував ухвалу суду апеляційної інстанції та призначив новий розгляд в апеляційному суді.

Детальніше з текстом постанови можна ознайомитися за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75286638>.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо інституту малозначних справ

Верховний Суд у складі Касаційного цивільного суду на засіданні 20.07.18 р. розглянув касаційну скаргу ОСОБА_1 на постанову Апеляційного суду Тернопільської області від 22.05.18 р. у справі за позовом Комунального підприємства теплових мереж «Тернопільміськтеплокомуненерго» Тернопільської міської ради до ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 про солідарне стягнення боргу за послуги централізованого опалення, справа № 607/9863/17, провадження № 61-39667ск18.

У наведеній вище справі предметом спору було стягнення заборгованості за послуги централізованого опалення в сумі 11 260,64 грн. Отже, з урахуванням наведеного ВС і повинен застосовувати імперативні норми процесуального права, враховуючи, що касаційний перегляд є екстраординарною стадією цивільного процесу.

Так, відповідно до п. 1 ч. 6 ст. 19 ЦПК єдиним формальним критерієм автоматичного віднесення справи до категорії малозначних є розмір ціни позову (не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму). При цьому ч. 3 ст. 389 цього Кодексу суду касаційної інстанції приписано імперативно враховувати, що **судові рішення у малозначних справах не підлягають касаційному оскарженню**, крім випадків, визначених п. 2 цієї норми права.

Зазначені положення процесуального закону не порушують норми Конституції України та міжнародно-правових актів.

Переглядаючи справу в касаційному порядку, Верховний Суд, який відповідно до ч. 3 ст. 125 Конституції України є найвищим судовим органом, виконує функцію «суду права», що розглядає спори, які мають найважливіше (принципове) значення.

Зазначене відповідає Рекомендаціям № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи від 07 лютого 1995 року, який рекомендував державам-членам вживати заходи щодо визначення кола питань, які виключаються з права на апеляцію та касацію, щодо попередження будь-яких зловживань системою оскарження. Відповідно до частини «с» ст. 7 цієї Рекомендації скарги до суду третьої інстанції

мають передусім подаватися відносно тих справ, які заслуговують на третій судовий розгляд, наприклад справ, які розвиватимуть право або сприятимуть однаковому тлумаченню закону. Вони також можуть бути обмежені скаргами у тих справах, де питання права мають значення для широкого загалу. Від особи, яка подає скаргу, слід вимагати обґрунтування причин, з яких її справа сприятиме досягненню таких цілей.

Відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ, яка є джерелом права (ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»), умови прийнятності касаційної скарги, відповідно до норм законодавства, можуть бути суворішими, ніж для звичайної заяви. При цьому право на суд не є абсолютним і може підлягати дозволенним за змістом обмеженням, зокрема, щодо умов прийнятності скарг, і такі обмеження не можуть зашкодити самій суті права доступу до суду, мають переслідувати легітимну мету, а також має бути обґрунтована пропорційність між застосованими засобами та поставленою метою (п. 36 рішення у справі *Golder v. the United Kingdom* від 21.02.75 р. та п. 27 рішення у справі «Пелевін проти України» від 20.05.10 р. Зважаючи на особливий статус суду касаційної інстанції, процесуальні процедури у суді касаційної інстанції можуть бути більш формальними, особливо якщо провадження здійснюється судом після їх розгляду судом першої інстанції, а потім судом апеляційної інстанції (рішення у справах: «*Levages Prestations Services v. France*» від 23.10.96 р., «*Brualla Gomez de la Torre v. Spain*» від 19.12.97 р.).

У касаційній скаргі, поданій на судові рішення у зазначеній вище справі, яка в силу закону є малозначною, жодного посилання на те, що є випадки, які б давали можливість суду касаційної інстанції їх розглянути та мотивувати, наведено не було.

Детальніше з текстом постанови можна ознайомитися за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75690444>, а також з коментарем Верховного Суду по цій справі: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/552258/>.



АДВОКАТИ І КОМПОЗИТОРИ — АНАТОЛЬ КОС-АНАТОЛЬСЬКИЙ ТА БОГДАН ВЕСОЛОВСЬКИЙ

Ірина Василик, к. і. н, доцент, керівник Центру досліджень адвокатури і права, проректор Вищої школи адвокатури при НААУ

Галина Басара-Тилішак, к. і. н., науковий співробітник Інституту історії України Національної академії наук України

У житті відомих українських композиторів Анатолія Кос-Анатольського і Богдана Весоловського поєдналися право і музика. По-різному простелилися їхні життєві дороги: А. Кос-Анатольського називають «композитором щасливої долі», він здобув визнання на Батьківщині, мав державні нагороди, звання народного артиста і Шевченківську премію, а Б. Весоловський — відомим став в еміграції, його ім'я щойно повертається в Україну. Однак у 1930-х роках не було у Львові молоді, та й не тільки, людини, яка б не чула про славнозвісний «Ябцю-джаз», в якому разом створювали нову українську музику обидва митці.

Розповіддю про їхні непересічні долі розпочинаємо серію нарисів про адвокатів, яких на життєвому шляху супроводжували також і музи мистецькі.

Від народження і до співпраці у надзвичайно популярному львівському студентському музичному колективі — «Капелі Яблонського» — майбутніх правників-адвокатів і знаменитих музикантів віддаляло близько двадцяти років. Але їхній шлях до цієї зустрічі був дещо схожий. Обоє народилися в інтелігентних українських родинах. Їхні батьки — представники «вільних професій», були залюблені у музику і плекали цю любов у своїх дітей.



Анатоль Йосипович Кос (псевдонім Кос-Анатольський) народився 1 грудня 1909 року у м. Коломия у сім'ї лікаря. Маленьким хлопчиком часто слухав, як мати грала на роялі та співала. Після закінчення Першої світової війни родина перебралася до Станіслава (нині Івано-Франківськ)

і Анатоль вступив до гімназії. У 1919 — 1927 рр., навчаючись у гімназії, паралельно здобув і середню музичну освіту, закінчивши філію Львівського Вищого Музич-

ного інституту імені М. Лисенка. Пророчими для нього стали слова відомого композитора Станіслава Людкевича, який на той час був головним інспектором філій Лисенківського інституту і приїхав до Станіслава (Івано-Франківська) перевірити успіхи учнів. Він розгледів обдарування Анатолія і передбачив: «Ваше життя повинне належати музиці». Ці слова майбутній композитор А. Кос-Анатольський запам'ятав назавжди.

Однак професія музиканта в той час не передбачала стабільного заробітку і виглядала сумнівним манівцем у тогочасних економічних реаліях, тож, за порадою батька, у 1927 році Анатоль Кос вступив на правничий факультет Львівського університету, щоб здобути професію, яка забезпечить, за батьковими словами, «твердий хліб».

Та мрії про музику юнак не полишив. Через рік паралельно вступив до Львівського Вищого Музичного інституту ім. М. Лисенка і був зарахований у фортепіанний клас відомого піаніста Тараса Шухевича. Згодом перевівся услід за викладачем до Львівської консерваторії ім. К. Шимановського, де вдалося перейти на безкоштовне навчання. Одночасно Кос-Анатольський починав серйозно займатися компонуванням та брати уроки вокалу.



Раптова смерть матері у 1929 році підкосила і батька, на плечі Анатолія лягли турботи про родину. Потрібно було заробляти на прожиття, і тут стала в нагоді батькова порада про «поважну професію». У 1931 році Анатолій Кос отримав диплом магістра і влаштувався практикантом у приватну юридичну контору.



Майбутній «король української танцювальної музики» **Богдан Весоловський** народився 30 травня 1915 року у Відні, куди сім'я утекла від російської окупації Галичини під час Першої світової війни. Але вже через три роки родина повернулася на Львівщину, до Стрия, де батьки Богдана були шанованими людьми.

Батько — Остап Весоловський, правник, з 1890-х рр. обіймав посаду радника голови окружного суду в місті, а після проголошення Західно-Української Народної Республіки став головою окружного суду в Стрию, тобто обійняв посаду, на яку українці раніше не допускалися. Через поразку визвольних змагань у Галичині у 1919 — 1920 рр. ув'язнений польською владою, а після звільнення працював суддею окружного суду, був активним громадським діячем у Стрию. Мати Богдана — Марія Весоловська з родини Охримовичів (яка дала Україні відомого адвоката Володимира Охримовича), була родичкою Соломії Крушельницької. З 1912 року і до початку Другої світової війни вона очолювала філію товариства «Союз українок» у Стрию.

У тому ж, трагічному для обох родин, 1929 році несподівано помер батько Богдана Весоловського — Остап Весоловський. Богдану на той час було лише 13 років, і він важко пережив утрату. Після початкової школи вступив до знаменитої Стрийської гімназії, яку закінчив у 1933 році. Музичним осередком у місті в той час була філія Вищого Музичного інституту ім. М. Лисенка, що розташовувалася у будинку, що належав колись адвокату Євгену Олесницькому, який заповів свій будинок українській громаді. Учнем Музінституту з 1926 року став і Богдан Весоловський. На його

перший іспит зі Львова також приїжджав з інспекцією Станіслав Людкевич. У шістнадцять років Богдан Весоловський написав свій перший музичний твір — музику до уривку з поеми Тараса Шевченка «Перебендя».

У 1933 році Богдан Весоловський став студентом правничого факультету Львівського університету. Разом із студентським життям прийшла самостійність: він сам на себе заробляв своєю музикою. І так само як А. Кос-Анатольський, паралельно навчався у Вищому Музичному інституті ім. М. Лисенка у фортепіанному класі Романа Савицького. Диплом магістра права Богдан Весоловський отримав у червні 1937 року, а навчання у Музінституті закінчив у 1938 році.

Наприкінці 1920-х — на початку 1930-х рр. у музичному просторі Львова зазвучала нова танцювальна музика. Її творили танцювальні оркестри — джаз-бенди. Особливо відомою стала студентська «Капела Яблонського», лідерами якої були Леонід Яблонський (по-товариському Ябцьо, звідси і друга назва колективу — «Ябцьо-джаз») та Анатоль Кос-Анатольський (мав прізвисько Таці).

На думку дослідника життєвого шляху і творчості Б. Весоловського Ігоря Осташа, «Капела Яблонського» народилася у 1930 році, а восени 1933 року до них приєднався молодий композитор Богдан Весоловський (Бонді). *«Цьому гуртові, створеному у Вищому Музичному інституті, вважає І. Осташ, судилося здійснити українську музичну революцію у Львові. Хоч він офіційно називається дуже сухо і дещо класично — «капелою», але з часом їх чекатиме слава таких собі львівських «Бітлз», і називатимуть їх з любов'ю «Ябцьо-джаз»¹.*

До цього часу українці співали переважно народні пісні. Після Першої світової війни репертуар розширили пісні стрілецькі. Деякі з них мали танцювальний, вальсовий ритм. Наприкінці 1920-х у студентському середовищі почав поширюватися популярний у Європі музично-театральний жанр — «ревії». Нова музика швидко захоплювала молодь, але водночас і швидко полонізувала, адже приходила в Галичину польською мовою. Один з авторів перших українських «ревії» Лев Яцкевич згадував: *«Щоб цьому (полонізації) запобігти, Анатоль Кос кинув ідею компонувати українські танкові² пісні, основані на мелодіях українських народних*

¹ Осташ І. І. Бонді, або Повернення Богдана Весоловського. К.: Дуліби, 2013. С. 57.

² Прим. автора — танцювальні.



пісень. Він хотів в такий спосіб виеліминувати³ чужу для нас розвагову пісню, що була носієм слизької еротики та міщанської моралі й несмаку»⁴.

Першою виставою українських «ревій» у Львові була «Біг пес через овес». Прем'єра відбулася у залі Вищого Музичного інституту в листопаді 1931 року. Музику до неї написав Анатоль Кос-Анатольський на слова Лева Яцкевича. Пісні, створені за мотивами українських народних, згодом будуть частиною репертуару українських джазових оркестрів. У такий спосіб композиції Кос-Анатольського стали початком українізації естрадної музики.

Майбутній магістр права Богдан Весоловський у середовищі польського культурного домінування творив українську естрадну музику практично з нуля. Його танго «Ти і твої чорні очі» привернуло всезагальну увагу і стало початком композиторської кар'єри, а танго «Прийде ще час» принесло шалену популярність.

Анатоль Кос-Анатольський через шість років після стажування отримав дозвіл на власну адвокатську практику. Працював адвокатом у Рогатині на Станіславщині, а у Залізцях на Тернопіллі відкрив власну адвокатську контору. Однак музика перемогла і тридцятилітній А. Кос-Анатольський у 1939 р. повернувся до Львова.

Богдан Весоловський після проголошення незалежності Карпатською Україною у 1939 році вирішив, що його правничі знання будуть потрібні у розбудові державності і вирушив на Закарпаття. На жаль, повернутися назад він уже не зміг — Польща не вітала учасників подій на Закарпатті, і Весоловський ледве

не пішки добрався до Відня. А через десять років, у 1949 році виїхав з родиною до Канади. Решту життя працював в українській редакції Міжнародного канадського радіо в Монреалі. Помер у 1971 році у 56-річному віці. Пісенна спадщина Б. Весоловського нараховує більше 130 творів у жанрі танго, фокстроту, легкого вальсу. Він став культовим композитором для української діаспори, а в Україні його пісні співалися як «народні» — ім'я автора було стерто з музичної пам'яті українців.

Анатоль Кос-Анатольський після війни здобув композиторський фах у Львівській державній консерваторії. Згодом був її професором, очолював Львівське відділення спілки композиторів. У 1969 році став народним артистом України, у 1980 році — лауреатом Шевченківської премії. «Пісня — життя моє» — цьому художньому кредо композитор не зрадив до кінця життя. Пісня і романс стали жанрами, які принесли А. Кос-Анатольському загальне визнання. Серед них широку популярність здобули «Ой ти, дівчино, з горіха зерня», «Ой піду я межі гори», «Солов'їний романс». Творча спадщина композитора також включає балети «Хустка Довбуша», «Сойчине крило», «Орися», оперу «Заграва», оперету «Весняні грози», вокально-симфонічні, інструментальні полотна.

Але не менш забутою виявилася біографія «співця карпатського краю», зокрема, її довоєнний період і співпраця на ниві творення української естрадної музики двох молодих правників: магістра права Богдана Весоловського і адвоката Анатолія Кос-Анатольського.

³ Прим. автора — видалити.

⁴ Осташ І. І. Бонді, або Повернення Богдана Весоловського. К.: Дуліби, 2013. С. 59.



НАЗВА СУДУ

Позивач: П. І. Б.,
АДРЕСА РЕЄСТРАЦІЇ
ІПН
ЗАСІБ ЗВ'ЯЗКУ

Відповідач: П. І. Б.,
АДРЕСА РЕЄСТРАЦІЇ
ІПН
ЗАСІБ ЗВ'ЯЗКУ

Ціна позову: 573 884,04 грн. (п'ятсот сімдесят три тисячі вісімсот вісімдесят чотири грн. 04 коп.)

ПОЗОВНА ЗАЯВА

про стягнення грошових коштів

03.08.2018 р. між мною та відповідачем був укладений договір позики, відповідно до якого я передала у борг відповідачу грошові кошти в сумі 20 000 доларів США, які відповідач зобов'язався повернути до 17.08.2018 р., про що власноручно написав розписку.

Під час укладення зазначеного договору були присутні свідки ОСОБА 3 та ОСОБА 4, які своїми підписами підтвердили факт передачі грошових коштів, добровільного укладення договору позики та написання відповідачем розписки добровільно без примусу та обтяжень.

У порушення умов договору займу і ст. 1049 ЦК України відповідач суму займу у встановлений строк — 17.08.2018 р. — не повернув.

Відповідно до ст. 1046 ЦК України за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості.

Договір позики є укладеним з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками.

На підтвердження укладення договору позики та його умов може бути представлена розписка позичальника або інший документ, який посвідчує передання йому позикодавцем визначеної грошової суми або визначеної кількості речей (ч. 2 ст. 1047 ЦК України).

Відповідно до ч. 1 ст. 1048 ЦК України позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом. Розмір і порядок одержання процентів устанавлюються договором. Якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України.

У разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики.

Позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві позику (грошові кошти у такій самій сумі або речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були передані йому позикодавцем) у строк та в порядку, що встановлені договором.

Згідно з ч. 1 ст. 1050 ЦК України, якщо позичальник своєчасно не повернув суму позики, він зобов'язаний сплатити грошову суму відповідно до ст. 625 цього Кодексу. Якщо позичальник своєчасно не повернув речі, визначені родовими ознаками, він зобов'язаний сплатити неустойку відповідно до ст. 549 — 552 цього Кодексу, яка нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті, до дня їх фактичного повернення позикодавцеві, незалежно від сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 цього Кодексу.



Облікова ставка НБУ у вересні 2018 року становить 18 %. Офіційний курс гривні до долару США, визначений Національним банком України станом на 11.09.2018 р. становить 2820,07. Таким чином **розмір боргу відповідача згідно офіційного курсу валют становить 564 014 грн.** (20 000 x 28,2007).

Розрахунок процентів від суми позики: станом на 17.09.2018 р. становить 8 460 грн. (564 014 x 0,18 / 12 міс. x 1 міс.).

Згідно зі ст. 625 ЦК України боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання. При цьому боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням установленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Розрахунок неустойки станом: на 17.09.2018 р. становить 1410,04 грн. (564 014 x 0,03 / 12 міс. x 1 міс.)

Відповідно до ст. 629 ЦК України договір є обов'язковим для виконання сторонами. У порушення умов договору позики відповідач до сьогодні не повернув мені грошові кошти, як передбачено договором, чим порушив зобов'язання.

Відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору — не вживались.

Відомості про вжиття заходів забезпечення доказів або позову до подання позовної заяви, якщо такі здійснювалися — не вживались.

Документи, копії яких додаються до позовної заяви, містяться у позивача в оригіналі.

Попередній (орієнтовний) розрахунок суми судових витрат, які позивач поніс і які очікує понести у зв'язку із розглядом справи, — витрати складаються із судового збору, який становить 5738 грн. 85 коп.

Підтвердження позивача про те, що ним не подано іншого позову (позовів) до цього ж відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з тих самих підстав, — підтверджую.

На підставі викладеного, ст. 525, 526, 536, 615, 1046 — 1050 ЦК України, керуючись ст. 175, 177 ЦПК України,

ПРОШУ:

1. Стягнути з ОСОБА 2, ДАТА НАРОДЖЕННЯ, який зареєстровано за адресою: АДРЕСА 2, ІПН, на користь ОСОБА 2, ДАТА НАРОДЖЕННЯ, яка зареєстрована за адресою: АДРЕСА 2, ІПН, суму боргу за договором позики від 03.08.2018 р. у розмірі 564 014 грн., суму процентів у розмірі 8 460 грн., неустойку у розмірі 1410,04 грн.
2. Стягнути з відповідача на користь позивача судовий збір.

Додатки:

1. Копія позовної заяви та додатків для відповідача.
2. Копії паспортів.
3. Копії податкових номерів.
4. Копія розписки.
5. Копія письмових підтверджень.
6. Заява про надіслання смс-викликів — для суду.
7. Заява про виклик свідків — для суду.
8. Квитанція про сплату судового збору — для суду.

Дата: _____ ОСОБА 1