



Тема:

Спільне засідання РСУ, РПУ, РАУ

щодо стану незалежності всіх представників інституцій системи правосуддя та механізмів забезпечення безпеки всіх учасників судових процесів

с. 3

Підписано Меморандум щодо посилення експертного потенціалу у сфері доступу вразливих категорій населення до правосуддя у кримінальному провадженні

с. 5

Тенденції щодо порушень прав адвокатів

с. 7

Проект Закону № 9055 та перспективи змін до Кримінального процесуального кодексу України

с. 11



ЗМІСТ

Новини та події

Спільне засідання РСУ, РПУ, РАУ щодо стану незалежності всіх представників інституцій системи правосуддя та механізмів забезпечення безпеки всіх учасників судових процесів.....	3
НААУ звернулася щодо направлення законопроектів про адвокатуру до Венеціанської комісії.....	4
Підписано Меморандум щодо посилення експертного потенціалу у сфері доступу вразливих категорій населення до правосуддя у кримінальному провадженні	5

Адвокатська діяльність

<i>В. Клочков</i> Тенденції щодо порушень прав адвокатів.....	7
<i>І. Гловюк</i> Проект Закону № 9055 та перспективи змін до КПК України.....	11
<i>М. Ставніччук</i> Ідеологія адвокатської професії підмінюється ідеологією самої судової влади	18
<i>Л. Майданевич</i> Чи має адвокат право за релігійними переконаннями відмовитися від захисту клієнта: за і проти	19

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Ізовітова Л. П.

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Гвоздй В. А.

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Кухар О. І.

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

Дроздов О. М.

Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

Крупнова Л. В.

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

Місяць А. П.

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

Болдін М. Я.

Голова Вищої ревізійної комісії адвокатури

Офіційний бюлетень Національної асоціації адвокатів України

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

Засновник

Національна асоціація адвокатів України

Юридична та фактична адреса засновника:

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

Секретаріат НААУ

(044) 392-73-71

факс: (044) 392-73-70

E-mail: info@unba.org.ua

www.unba.org.ua

Партнер НААУ**рвс**



Цікава тема

С. Подкопаєв, С. Гриненко

Окремі питання розгляду Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів дисциплінарних скарг адвокатів 23



Цивільні справи

О. Печений

Проблемні питання здійснення спадкових прав після осіб, оголошених померлими 31



Податкове законодавство

А. Волько

Обґрунтованість отримання тимчасового доступу до документів у податкових спорах..... 36



Практика ЄСПЛ

О. Дроздов, О. Дроздова

Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ протягом другої половини 2018 року, або Подальші кроки з вивчення абетки з прав людини 39



Судова практика

Огляд судової практики Верховного Суду..... 53



Історія адвокатури

І. Василик, О. Заяць

Міська адвокатура Галичини та Західного Поділля XIV — XVIII ст..... 57

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

9383

Загальний тираж видання

4300 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу

раз на місяць

Дата виходу

12.11.2018 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.



СПІЛЬНЕ ЗАСІДАННЯ РСУ, РПУ, РАУ ЩОДО СТАНУ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ВСІХ ПРЕДСТАВНИКІВ ІНСТИТУЦІЙ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ ТА МЕХАНІЗМІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ВСІХ УЧАСНИКІВ СУДОВИХ ПРОЦЕСІВ

26 жовтня 2018 року відбулося спільне засідання Ради суддів України, Ради прокурорів України, Ради адвокатів України щодо обговорення питання стану незалежності всіх представників інституцій системи правосуддя та механізмів, які б забезпечили безпеку всіх учасників судових процесів в Україні.

У НААУ закликали Раду суддів України виконувати домовленості, які були досягнуті 21 вересня 2018 року під час спільного засідання та оформлені у резолюції стосовно професійної етики правосуддя¹.

З відповідною ініціативою щодо початку конструктивної роботи групи, утвореної раніше для формування єдиних стандартів професійної етики у сфері правосуддя та розробки Кодексу професійної етики, виступив голова ВКДКА Олександр Дроздов.

Представники суддівського корпусу виступили з пропозицією затвердити склад робочої групи з етики. Зокрема, голова РСУ Олег Ткачук запропонував затвердити рішення 1 листопада, повністю узгодивши його з колегами.

Утім, на думку представників української адвокатури, затвердження Радою суддів України раніше вже ухвалених спільних рішень позбавлене сенсу, а членам робочої групи, вже утвореної відповідно до спільної резолюції від 21 вересня, наразі слід виконувати цей документ.

У межах цього О. Дроздов запропонував обговорити концептуальні питання Кодексу та наголосив на основних його засадах, посилаючись на міжнародні документи. На думку експерта, цей Кодекс на виконання рекомендацій КРЕС повинен містити ключові спільні етичні принципи незалежності, верховенства права, співпраці задля справедливого судочинства та постійності професійного навчання.



«Наповнення практично значущим змістом цих принципів повинно відбуватися крізь призму міжнародних стандартів у сфері прав людини та виходячи з конкретних історичних реалій», — наголосив голова ВКДКА. У свою чергу, НААУ та органи суддівського самоврядування мають відповідати за цей процес.

Також Голова НААУ РАУ Лідія Ізовітова під час свого виступу зосередила увагу на необхідності застосування суддями Єдиного реєстру адвокатів, особливо в кримінальних провадженнях.

Це питання було піднято в контексті обговорення незалежності адвокатів як учасників судового процесу.

«У нас є дуже болюче питання, яке ми б хотіли обговорити сьогодні. Воно відоме абсолютно всім суддям, які здійснюють правосуддя у кримінальних провадженнях, — це застосування статтею 45 КПК щодо участі адвоката у процесі», — сказала Лідія Ізовітова.

Голова НААУ наголосила на тому, що, попри те, що Єдиний реєстр адвокатів України працює відкрито на офіційному сайті НААУ, «чомусь кілька років суди

¹ За матеріалами «Закон та бізнес».



на це дивляться зверхньо, порушуючи приписи цієї статті». Стаття 45 КПК передбачає, що захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до ЄРАУ або щодо якого зазначено в ЄРАУ про припинення або зупинення права на адвокатську діяльність.

«Ми хотіли б пояснити, як користуватися ЄРАУ, особливо це актуально для випадків, коли слідчі судді дають дозволи на проведення певних слідчих дій. Це питання незалежності адвокатів, і Рада суддів, і Рада прокурорів, оскільки процесуальні керівники у кримінальних справах погоджують певні клопотання, мають все-таки дослухатися до єдиного законного

механізму участі адвокатів у кримінальному процесі», — сказала Голова НААУ.

Крім того, виконання ст. 45, яка передбачає наявність даних про адвоката у ЄРАУ, вирішує проблему участі в судах адвокатів, чий статус не підтверджений у передбаченому законодавством порядку.

«В Україні діють псевдоадвокати, які не мають документів, але вони допущені до участі в кримінальних провадженнях. Це небезпека не лише для суддів, це небезпека для громадян, яких захищають такі адвокати», — сказала Лідія Ізовітова.

НААУ надала учасникам засідання інфографіку про функціонування ЄРАУ².

НААУ ЗВЕРНУЛАСЯ ЩОДО НАПРАВЛЕННЯ ЗАКОНОПРОЕКТІВ ПРО АДВОКАТУРУ ДО ВЕНЕЦІАНСЬКОЇ КОМІСІЇ

6 вересня 2018 року до ВРУ внесено проект Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055. Законопроект визначений Президентом України як невідкладний. Також до ВРУ подано два альтернативні законопроекти — народним депутатом України Писаренком В. В. (№ 9055-1 від 14 вересня 2018 року) та народними депутатами України: Ківаловим С. В., Логвинським Г. В., Голубовим Д. І., Німченко В. І., Развадовським В. Й. (№ 9055-2 від 20 вересня 2018 року).

Відповідно до інформації з офіційного веб-сайту ВРУ наразі зазначені законопроекти перебувають на розгляді у Комітетах, а саме: Комітеті з питань правової політики та правосуддя; Комітеті з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності; Комітеті з питань бюджету; Комітеті з питань запобігання і протидії корупції; Комітеті з питань європейської інтеграції.

«Національна асоціація адвокатів України неодноразово наголошувала на необхідності отримання експертного висновку в Європейській комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) з метою уникнення ситуації, коли нові законодавчі ініціативи щодо діяльності і статусу адвокатури України будуть

суперечити діючим актам національного законодавства, висновкам та рішенням Венеціанської комісії, Дирекції з питань правосуддя та людської гідності у складі Генеральної Дирекції з прав людини та верховенства права Ради Європи, Ради Європи, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Європейського Суду з прав людини», — ідеться у зверненнях за підписом Голови НААУ, РАУ Лідії Ізовітової.

Рада адвокатів України та НААУ переконані, що будь-які **зміни до профільного законодавства мають гарантувати подальше наближення адвокатури до європейських стандартів**. Відтак **НААУ звернулася до Президента України з приводу того, чи направлено поданий ним законопроект № 9055 до Венеціанської комісії** для проходження комплексної оцінки на відповідність європейським стандартам.

Раніше народний депутат України Валерій Писаренко звернувся до голови Верховної Ради з ініціативою про направлення основного та альтернативних законопроектів для отримання експертного висновку Венеціанської комісії. Нардеп застерігав від поспішного внесення змін до законодавства про адвокатуру, аби не повторити помилку інших складових судової реформи. У зв'язку з цим НААУ також звернулася до спі-

² З інфографікою можна ознайомитися на офіційному веб-сайті НААУ за посиланням: URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/5e3f4a88dddc914b766a_file.pdf.



кера парламенту з приводу того, чи було направлено законопроекти № 9055, 9055-1 та 9055-2 до Венеціанської комісії.

Заступник Голови НААУ, РАУ Валентин Гвоздїй зазначив, що події, які відбуваються навколо законопроекту № 9055, вказують на те, що спроби провести реформу адвокатури в Україні тіншовим шляхом тривають, та додав, що іншого варіанта ініціатори реформи не бачать.

За його словами, законопроект № 9055 може бути відправлений до Венеціанської комісії, притому без альтернативних депутатських. «З 6 вересня жоден з комітетів, через які повинен пройти законопроект № 9055, так і не надав своїх висновків. На фоні активної громадської критики і протесту адвокатської спільноти комітети навряд чи дадуть позитивні оцінки очевидно деструктивному плану реформи адвокатури. Це розуміють і прихильники, і опоненти законопроекту».

Заступник Голови НААУ вважає, що законопроект № 9055, визначений як невідкладний, навмисне зсувається з порядку денного засідань Комітету із запобігання корупції та профільного Комітету з питань правової політики і правосуддя.

«Та ж ситуація і з альтернативними законопроектами. Європейським експертам, які будуть оцінювати проект № 9055, будуть знайомі багато елементів уже реалізованого сценарію передачі адвокатури під контроль Міністерства юстиції. Це сталося в Туреччині, де незручну адвокатуру влади розділили на регіональні асоціації, а потім передали адвокатуру частинами під управління держоргану. Чи вписується такий сценарій у європейські устремління України, запитання риторичне. Але саме такий сценарій розраховують легалізувати у Венеціанській комісії ініціатори реформи», — зазначає В. Гвоздїй.

ПІДПИСАНО МЕМОРАНДУМ ЩОДО ПОСИЛЕННЯ ЕКСПЕРТНОГО ПОТЕНЦІАЛУ У СФЕРІ ДОСТУПУ ВРАЗЛИВИХ КАТЕГОРІЙ НАСЕЛЕННЯ ДО ПРАВОСУДДЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Національна асоціація адвокатів України уклала **Меморандум про взаєморозуміння з Координаційним центром з надання правової допомоги, Українською фундацією правової допомоги, Українською Гельсінською спілкою з прав людини, Харківською правозахисною групою** щодо посилення експертного потенціалу у сфері доступу вразливих категорій населення до правосуддя у кримінальному провадженні¹.

Документ підписали Голова НААУ Лідія Ізовітова, директор Координаційного центру Олексій Бонюк, директор Української фундації правової допомоги Микола Сіома, виконавчий директор Української Гельсінської спілки з прав людини Олександр Павліченко, директор Харківської правозахисної групи Євген Захаров.

«Вперше Національна асоціація адвокатів України підписує Меморандум про взаємодію з громадськими



організаціями. Ця подія викликана тим, що ми розуміємо ризики для захисту прав людини, і їх потрібно усувати. Ми можемо це зробити лише разом», — відзначила **Лідія Ізовітова**.

¹ З текстом Меморандуму можна ознайомитися на офіційному веб-сайті НААУ за посиланням: URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/94f840ee27c43df68903_file.pdf.



Меморандум укладений із метою налагодження взаємодії Сторін з питань посилення експертного потенціалу у сфері доступу вразливих категорій населення до правосуддя у кримінальному провадженні. Сторони мають намір надавати взаємну всебічну підтримку задля розвитку співпраці згідно з положеннями цього Меморандуму та інформувати одна одну про заходи, спрямовані на його реалізацію.

«Ми демонструємо цим єдність адвокатського середовища. В Україні велика адвокатська спільнота, яка робить важливу для суспільства і держави роботу із захисту прав людини. Підписання Меморандуму зробить наші зусилля більш ефективними», — зазначив директор Координаційного центру **Олексій Бонюк**.

Меморандум передбачає формування Комісії з експертно-правового аналізу, яка розроблятиме механізми забезпечення якості безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному провадженні.

Комісія діятиме на постійній основі у складі трьох представників Національної асоціації адвокатів України; трьох представників Координаційного центру з надання правової допомоги, трьох представників організацій громадянського суспільства — по одному від Української фундації правової допомоги, Української Гельсінської спілки з прав людини та Харківської правозахисної групи. Засідання Комісії мають відбуватися не рідше одного разу на місяць. НААУ делегувала до Комісії керівника секретаріату Вадима Красника, голову комітету з питань БПД Сергія Вилкова та голову Ради адвокатів Харківської області Вікторію Гайворонську. Власне, Меморандум укладено Сторонами на три роки.

«Наша мета — створити інструмент, який слугуватиме підвищенню якості надання безоплатної правової допомоги, особливо для вразливих категорій у кримінальних справах. Тут ми ідемо в ту проблемну зону, де у кримінальному процесі є недоліки, і їх потрібно усувати. Тому тут важлива синергія поєднання можливостей неурядових організацій, які безпосеред-

ньо займаються практичною роботою з вразливими верствами населення, професійної адвокатської спільноти і системи БПД», — наголосив **Олександр Павліченко**.

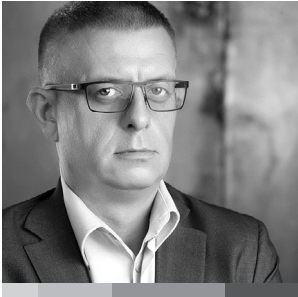
«Це серйозна віха в розвитку держави, адвокатури та громадського правозахисту. Я завжди вважав, що ця співпраця є магістральною дорогою розвитку захисту прав людини в країні. Поєднання зусиль громадських організацій з професійними адвокатами, та сприяння держави в цьому справді може забезпечити захист прав людини на достойному рівні і нагадувати про повагу до прав людини, яку має демонструвати держава», — зазначив **Євген Захаров**.

Він також нагадав історію становлення системи БПД, яка починалася від мінімального фінансування адвокатів, залучених до такої роботи, до створення системи центрів надання правової допомоги, якому передувала діяльність пілотних офісів у декількох регіонах. *«Ми пройшли великий шлях, бо сьогодні доступ до правосуддя значно краще забезпечений, ніж він тоді. Адвокатів, які працюють у БПД, доволі багато. Це вже могутня сила, яка перша зустрічає порушення прав людини з боку держави і намагається допомогти жертвам цих порушень. Тому така співпраця необхідна, щоб посилювати нашу діяльність, бо це є запорукою успішного захисту прав людини»,* — відазначив **Євген Захаров**.

«Посилена взаємодія між нами почалася два роки тому, коли ми розпочали перегляд стандартів надання БПД у цивільних і адміністративних справах. Зараз за участю керівництва адвокатури триває діалог для розробки таких стандартів у кримінальних справах. Фінальним бенефіціаром цієї роботи є наше суспільство. Якість правової допомоги і БПД, зокрема, — це те, чого потребують люди», — відзначив директор Української фундації правової допомоги **Микола Сіома**. Він додав, що така діяльність підтримується та визнається міжнародними партнерами — Радою Європи, фондом «Відродження».



ТЕНДЕНЦІЇ ЩОДО ПОРУШЕНЬ ПРАВ АДВОКАТІВ



Володимир Ключков, керуючий партнер адвокатського об'єднання «Ключков та партнери», член Ради адвокатів м. Києва, заступник голови Професійної спілки адвокатів України, член правління Асоціації адвокатів України, голова Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності ААУ

«Полное беззаконие наступит не тогда, когда следствие, обвинение и суд будут на одной стороне, а когда им перестанет противостоять адвокат», — Марк Фейгин.

Саме з такої позиції варто розпочати тему про порушення прав адвокатів в Україні, адже основною причиною системних порушень прав адвокатів, які з року в рік прогресують у своїй динаміці, набувають все більших масштабів та форм — є спроба держави протистояти інституту адвокатури, зробити його підконтрольним та більш гнучким.

Попри всі спроби адвокатської спільноти встановити паритет та застосовувати чесні правила гри, держава постійно намагається віроломно протистояти інституту адвокатури, діючи за принципом не сили права, а права сили.

Тим не менше, на сьогоднішній день українське законодавство й краща міжнародна практика встановлюють застосовування належної правової процедури, змагальності процесу та рівності сторін, що в сукупності сприяє захисту прав адвокатів у процесі надання ними правової допомоги своїм клієнтам.

Основні гарантії адвокатської діяльності окреслені в Основних положеннях ООН про роль адвоката, прийнятих VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам, у серпні 1990 року.

Відповідно до цих Положень уряди мають забезпечити адвокатам: а) можливість здійснювати їх професійні обов'язки без залякування, перешкод, завдання турботи й недоречного втручання; б) можливість вільно пересуватися і консультувати клієнта у своїй країні та за кордоном; в) виключення можливості піддавати покаранню або погрожувати його застосуванням та можливості об-

винування, адміністративних, економічних та інших санкцій за дії, здійснювані відповідно до визнаних професійних обов'язків, стандартів та етичних норм.

Разом з тим ст. 374, 397, 398, 399, 400 Кримінального кодексу України¹ встановлюють кримінальну відповідальність за обмеження доступу адвоката до клієнта, втручання в роботу адвоката, погрозу вбивством, насильства або знищення чи пошкодження майна адвоката тощо.

Стаття 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» забороняє втручатися в здійснення адвокатської діяльності, вимагати надання відомостей, що є адвокатською таємницею, вилучати документи, які пов'язані з адвокатською діяльністю, проводити обшуки в офісах адвокатів, без наявності чітко визначеного у рішенні суду переліку речей, документів, що планується виявити, тощо.

Однак положення КК є, скоріше, декларативними, зважаючи на статистику їх використання та реального впливу на ситуацію попередження та покарання за порушення прав та гарантій адвокатської діяльності.

У контексті цього пропоную звернутися до статистичних даних щодо внесення відомостей до ЄРДР за ст. 397, 398, 399, 400 КК:

— за ст. 397 КК (втручання в діяльність захисника чи представника) — 451 (75,5 % від усіх зареєстрованих офіційно порушень);

— за ст. 398 КК (погроза або насильство щодо захисника чи представника) — 127 (21,3 %);

¹ Далі за текстом — КК.



— за ст. 399 КК (умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника) — 16 (2,7 %);

— за ст. 400 КК (посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги) — 3 (0,5 %).

Статистика досить скупа, однак ще біднішою виявляється статистика скерування обвинувальних актів до суду за вказаними статтями та коливається в межах 0,8 % зі всього обсягу справ.

Загалом за 2016 рік було зареєстровано 234 порушення прав адвокатів, а у 2017 році — 315. Отже, прослідковується негативна динаміка щодо неналежного реагування на порушення прав адвокатів.

У цілому можна виділити цілу низку найтипівіших порушень прав і гарантій адвокатської діяльності, згрупувавши їх за категоріями.

Ненадання адвокатам доступу до своїх клієнтів та так зване «вибивання» адвоката з процесу. У цьому випадку варто говорити про невиконання обов'язку щодо доставки клієнта для участі в судовому засіданні, зловживання правом залучення безоплатних адвокатів за рахунок держави, за наявності адвокатів за договором. Досить часто судом здійснюються спроби змінити (усунути) адвокатів за договором на захисників за призначенням, що призначаються Міністерством юстиції України — Центрами БВПД.

Порушення права на конфіденційне спілкування клієнта з адвокатом. Відсутність конфіденційного спілкування адвоката з клієнтом ставить під сумнів можливість підготувати належний захист та правову позицію по справі. Конфіденційність спілкування, безумовно, має вирішальне значення і встановлення довіри між адвокатом та клієнтом. Безперечно, право на конфіденційність спілкування захищене українським законодавством, зокрема ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якого «заборонено втручатися в приватне спілкування адвоката з клієнтом». Стаття 6 § 3 (с) ЄКПЛ та положення Рекомендації (2000) 21 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів також стоять на варті конфіденційного спілкування адвоката з клієнтом.

Зазначене право може бути порушене виключно у законний спосіб, лише тоді, коли є докази злочинної поведінки з боку адвоката. Однак на практиці українські адвокати стикаються зі незаконним стеженням, прослуховуванням, контролем за листуванням адвока-

та, а також із великою проблемою щодо браку приміщень (у місцях позбавлення волі та судах), де могло б відбуватися конфіденційне спілкування з їх клієнтами.

Ненадання чи невчасне надання адвокату доступу до інформації, матеріалів справи (по суті, перешкоджання підготовці захисту). Права сторони захисту істотно порушуються, коли адвокатам відмовляють у доступі до матеріалів справи, доказів та коли вони не можуть опитати свідків (фактичних і експертів). Без сумніву, рівний доступ до матеріалів справи і свідків має важливе значення для захисту. Несправедливі тимчасові обмеження також ідуть на шкоду стороні захисту. На жаль, на практиці українські адвокати при підготовці справ стикаються з низкою перешкод. Адвокатські запити не завжди сприймаються настільки серйозно, як вони на те заслуговують. Створюються перешкоди до вчасного доступу до доказів. Думкою незалежних експертів-свідків нехтують на користь «офіційно санкціонованих» експертів-свідків. У результаті адвокати витрачають більшу частину свого часу на боротьбу з бюрократичними перешкодами і тому відчують брак часу при підготовці до судового розгляду.

Порушення принципів судочинства. Приховування від адвоката доказів шляхом перешкоджання представниками правоохоронних органів вивченню доказів, ігнорування адвокатських запитів, надання відповіді без необхідної інформації або неправомірної відмова у наданні інформації.

Порушення статусу адвокатів у кримінальному провадженні. Адвокати мають особливий статус у кримінальному провадженні, оскільки захищають права підозрюваних, обвинувачених. Таким чином, примушувати адвокатів давати показання як свідків по відношенню до своїх клієнтів або розголошувати конфіденційну інформацію є порушенням основної засади участі адвокатів. Звичайно, обмежене й цілеспрямоване розслідування є виправданим, якщо існують докази того, що адвокат скоїв злочин. Але сторона обвинувачення не має права зловживати цим процесом, аби посилити свої позиції стосовно клієнта адвоката — підозрюваного, обвинуваченого. На жаль, існує практика невинуватого і необґрунтованого виклику на допит і допиту адвокатів як свідків у справах, де вони представляють своїх клієнтів. Така практика є прямим порушенням ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де чітко вказується, що «забороняється вимагати від адвоката



надання відомостей, що є адвокатською таємницею». Такі розслідування/допити є незаконними, вони руйнують право на конфіденційність спілкування адвоката з клієнтом, унеможливають підготовку стратегії захисту, а також принижують честь і гідність адвоката.

Зловживання притягненням до дисциплінарної відповідальності адвокатів та порушенням кримінальних проваджень проти адвокатів. До таких порушень можемо віднести проведення неправомірних обшуків в офісах адвокатів і вилучення документів, що становлять адвокатську таємницю, з метою отримання інформації у справі, де адвокат захищає інтереси клієнта, тим самим вчиняючи тиск на адвоката.

Проведення неправомірних обшуків в офісах адвокатів. Інформація та пристрої для зберігання інформації, які належать адвокатам, мають бути повністю захищеними, інакше адвокати не зможуть виконувати свої обов'язки, а клієнти не зможуть довіряти системі. Обшуки в офісі адвоката і серед його документів повинні бути пов'язані зі вчиненням злочину самим адвокатом, і ніколи не можуть стосуватися представництва інтересів клієнтів адвоката. Проведення будь-яких обшуків повинно відбуватися лише на підставі рішення слідчого судді, яке б містило чіткий та вичерпний перелік того, що підлягає обшуку та виїмці, а також супроводжуватися належними процесуальними гарантіями (наприклад, присутність представника ради адвокатів регіону для контролю за збереженням адвокатської таємниці). Обшуки ніколи не повинні відбуватися у форматі «пошуку компрометуючих відомостей». На жаль, українські адвокати регулярно зазнають необґрунтованих обшуків без зазначення цілей обшуку і без дотримання процесуальних гарантій. Усе це відбувається, незважаючи на вимоги положення ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якими «забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності».

Такі обшуки призначені в основному для отримання доказів проти клієнтів адвоката та для здійснення тиску на адвоката. Крім того, коли такі обшуки пов'язані з вилученням комп'ютерів і нанесенням шкоди офісу адвоката, вони, по факту, стають ефективним способом позбавлення адвоката можливості продовжувати свою професійну діяльність.

Позапроцесуальні важелі впливу (у тому числі залякування, погрози, словесні образи, знищення май-

на, фізичні напади, вбивства). Так звані «позапроцесуальні» заходи включають в себе залякування, погрози, словесні образи, конфіскацію або знищення особистого чи професійного майна, арешт, фізичний напад і навіть вбивство. На жаль, на відміну від своїх колег у країнах, де на першому місці стоїть принцип верховенства права, українські адвокати часто стикаються з такими позасудовими заходами. Адвокатам також часто погрожують вжиттям таких заходів. Найбільш трагічним є те, що протягом останніх трьох років, щонайменше п'ять адвокатів були вбиті, в тому числі насильницьким шляхом, і ще близько десятка зазнали фізичного насильства з боку невідомих осіб, а також є повідомлення щодо вчинення тиску і з боку працівників правоохоронних органів.

Як би не було прикро, але не цураються публічною дискримінацією інституту адвокатури та конкретних адвокатів і вищі посадові особи правоохоронних органів, які у засобах масової інформації критикують дії адвокатів, а особливо у гучних кримінальних провадженнях, відкрито погрожуючи адвокатам при цьому.

Адвокати також регулярно стикаються з погрозами вжиття таких протиправних заходів, коли вони намагаються агресивно та проактивно представляти інтереси своїх клієнтів. Така ситуація зберігається незважаючи на те, що позасудові заходи порушують цілу низку вимог чинного законодавства, а також ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де чітко говориться, що «життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом».

Важливо розуміти, що такі незаконні позасудові заходи повністю підривають саму основу адвокатської професії. Такі заходи заважають адвокатам виконувати свою роботу і перешкоджають їм здійснювати належним чином захист інтересів своїх клієнтів.

Нехтують представники правоохоронних органів і одним з основних принципів адвокатської діяльності, а саме: заборонаю ототожнення адвоката з клієнтом і, як наслідок, тим, що адвокати не несуть і не можуть бути притягнуті до відповідальності за дії або погляди своїх клієнтів. Незважаючи на це, в резонансних справах продовжують робити гучні заяви щодо ототожнення адвоката та клієнта.

Мабуть, найсерйознішим з усього є те, що існування позасудових заходів змушує адвокатів перебувати



у стані страху. Незважаючи на те, що позасудові заходи переважно мають місце в політично-заангажованих і гучних справах, вони можуть бути застосовні у будь-який момент, і жоден адвокат від них не захищений. Зазначені порушення професійних прав і гарантій адвокатів є постійними, поширеними й систематичними та відбуваються по всій території України. Вони відбуваються, незважаючи на існуючі механізми захисту, передбачені Конституцією України, Кримінальним кодексом України і Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Такі дії відбуваються, незважаючи на механізми захисту, передбачені міжнародними стандартами, які діють в Україні. Вони вчиняються прокурорами, слідчими, іншими працівниками правоохоронних органів і навіть суддями. Про них регулярно повідомляють і висловлюються професійні асоціації адвокатів, громадські організації та засоби масової інформації. Вони регулярно зазнають критики з боку міжнародних органів та організацій. Ними також займаються міжнародні проекти технічної допомоги, які активно працюють в Україні.

Однак такі дії мають місце знову й знову здебільшого тому, що порушники користуються повною безкарністю, адже кримінальні провадження щодо порушень гарантій адвокатської діяльності майже не розслідуються.

Яким же чином мінімізувати можливість порушення прав адвокатів під час здійснення адвокатської діяльності?

У першу чергу варто «легалізувати» свій офіс шляхом укладення договору оренди або оформлення права власності на приміщення, в якому здійснюється адвокатська діяльність. Актуальні дані про ваше робоче місце мають бути внесені до ЄРАУ.

Індивідуалізуйте приміщення, зробіть вивіску на офіс про те, що це офіс адвоката, нанесіть відповідні застереження щодо володінь адвоката на сейфи, архіви, шафи з документами, вкажіть, що всі комп'ютери та папки з документами містять інформацію, що є адвокатською таємницею.

Подбайте про фізичну безпеку офісу, встановіть сигналізацію в офісі, укладіть договір охорони офісу, встановіть відеоспостереження в усіх приміщеннях офісу, зберігайте інформацію на віддаленому сервері (не в офісі).

До того ж вважаю, що адвокатській спільноті варто подбати про створення ефективної системи моніторингу, відстеження, категоризації та повідомлення про порушення прав адвокатів. Це формує основу для системи реагування на такі порушення залежно від виду

порушень і заходів, які необхідно вжити. Загалом система повинна бути всеосяжною, але простою, так, щоб її можна було пояснити всім зацікавленим сторонам через базові схеми або діаграми, з яких було б зрозуміло, що повинна робити кожна сторона і коли. Адвокатам необхідно надати прості форми та інструкції, котрі б містили всю основну інформацію, з якою вони могли б легко й швидко ознайомитися. Вирішальне значення має швидка та ґрунтовна обробка повідомлень про порушення. Результати, отримані внаслідок реагування на порушення, повинні бути повністю задокументовані, проаналізовані та опубліковані.

Документування порушень і ефективність реагування на них повинні бути використані для аналізу, вдосконалення системи, підготовки протокольних рішень та інформаційних матеріалів, а також реалізації додаткових заходів і процесуальних реформ, спрямованих на покарання та попередження зловживання службовим становищем. Інформаційна робота та інформування громадськості є важливими складовими цих процесів. Така система відстеження та реагування на порушення професійних прав і гарантій адвокатів повинна бути створена на всеукраїнському рівні та мати ефективні механізми впливу в кожному регіоні, аж до найменших містечок. Географія, місце розташування або фізична ізоляція не може бути щитом для вчинення порушень. Кожен адвокат повинен бути частиною системи і мати доступ до механізмів і процедур реагування. Для цього слід широко використовувати гарячі лінії, електронні засоби поширення інформації, додатки та цифрові технології.

Система з самого початку повинна включати в себе критерії та показники, аби мати можливість здійснювати в подальшому моніторинг та оцінювання. Критерії повинні відображати різні категорії порушень, конкретну дію, яка оскаржується, види заходів, що вживаються, характер будь-яких санкцій, накладених на порушників, конкретні результати в судових справах (наприклад, визнання доказів недопустими). Моніторинг та оцінювання мають вирішальне значення для підвищення ефективності й дієвості системи.

Насамкінець варто відзначити, що домогтися належного захисту інституту адвокатури, мінімізації порушень та зловживань з боку правоохоронних органів та державних інститутів та відповідно реалізації закріплених законодавчих гарантій адвокатської діяльності є довготривалим і всеохоплюючим процесом, реалізація якого залежить у першу чергу від єдності адвокатури.



ПРОЕКТ ЗАКОНУ № 9055 ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗМІН ДО КПК УКРАЇНИ



Ірина Гловюк, адвокат, АО «Barristers», доцент, д. ю. н.

Кримінальний процесуальний кодекс України¹ 2012 р. останнім часом переживає непрості часи внесення постійних, проте, на жаль, не завжди логічних, системних та послідових змін та доповнень, які ставлять нові виклики перед правореалізаційною практикою та кримінально-процесуальною доктриною.

Комплекс змін та доповнень до КПК пропонується і проектом Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (реєстраційний № 9055)², частина з яких вже піддавалася оцінці О. Дроздовим, Н. Кульчицьким, М. Стояновим, О. Фазекошем та ін.

Проект № 9055 містить ряд положень, які у цілому мають здатність позитивно вплинути на ступінь захисту прав і свобод людини у кримінальному провадженні, реалізацію гарантій адвокатської діяльності. Зокрема, це стосується розширення змісту засади забезпечення права на захист, перейменування ст. 47 КПК, розширення можливостей адвокатів щодо збирання доказів, у тому числі шляхом допиту, уточнення підтвердження повноважень захисника, уточнення статусу адвоката свідка, додавання до ст. 87 КПК такої підстави визнання доказів недопустимими, як отримання їх з порушенням прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності, передбачених чинним Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», уточнення процедури ініціювання захисником проведення обшуку, зазначення, що речами і документами, до яких заборонено доступ, є «будь-які інші речі та документи, які містять інформацію, що є адвокатською таємницею відповідно до ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», розширення випадків оскарження за ст. 303 КПК та деякі інші.

Разом із тим навіть позитивні пропозиції мають недоліки змістовного та техніко-юридичного характеру, що може поставити під сумнів їх потенційно можливий позитивний ефект.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ: УТОЧНЕННЯ ЗАСАДИ ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

У ст. 3, 20 і при визначенні поняття захисника, і при визначенні переліку учасників кримінального провадження, які мають право на захист, пропонується доповнити перелік таких осіб особою, щодо якої застосовуються заходи забезпечення кримінального провадження. У випадку, коли особа не має окремого кримінально-процесуального статусу, з цим у цілому можна було б погодитися (хоча, наприклад, про який захист може йтися, якщо застосовується виклик слідчого, прокурора або судовий виклик, незрозуміло), але у випадку, коли особа має кримінально-процесуальний статус, наприклад потерпілого, цивільного позивача, і щодо неї вирішується питання про, наприклад, накладення грошового стягнення, або статус цивільного відповідача і стосовно її майна вирішується питання про арешт, то *виникає закономірне запитання: особа має право на захист чи на представництво? І ким буде її адвокат?* Крім того, попри таке формулювання ст. 20, чомусь у пропонуваній зміні п. 1 ст. 303 КПК як суб'єкт оскарження зазначена лише особа, щодо якої застосовуються заходи забезпечення кримінального провадження, без вказівки на можливість оскарження особою, яка надає їй професійну правничу допомогу.

¹ Далі за текстом — КПК.

² Далі за текстом — проект № 9055.



З іншого боку, не враховано те, що діяльність окремих інших учасників кримінального провадження об'єктивно має ознаки функції захисту. Йдеться про представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третьої особи, стосовно майна якої вирішується питання про арешт, її представника, на що вказується у доктринальних дослідженнях³. Їх, відповідно, до осіб, які мають право на захист та стосовно яких здійснюється захист, не віднесено, хоча об'єктивна потреба у цьому є. Надалі, попри розширення кола осіб, які мають право на захист, відсилка у контексті визначення процесуальних прав лише до прав підозрюваного, обвинуваченого.

Крім того, у пропонуваніх змінах до ст. 47 КПК вже вказується, що «захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого», а про інших учасників, які мають право на захист, нічого не зазначено. *Мабуть, права брати участь у проведенні процесуальних дій з ними захисник не матиме.* Це ж характерно для формулювання права захисника користуватися будь-якими технічними засобами, не забороненими законом, в тому числі під час зустрічей з підозрюваним, обвинуваченим. У контексті безперешкодного доступу до приміщень суду в робочий час та у час проведення судового засідання у справі, в якій бере участь підозрюваний, обвинувачений, а також до приміщень судів, органів прокуратури, поліції, органів внутрішніх справ, інших правоохоронних органів, установ для попереднього ув'язнення та виконання покарань, органів державної влади у будь-який час, якщо в цих приміщеннях перебуває підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, знову ж обмежено коло осіб, стосовно захисту яких передбачені ці гарантії.

Статтю 53 КПК пропонується доповнити частиною: «За наявності в обвинуваченого, підозрюваного залученого ним захисника слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд можуть залучити іншого захисника для проведення окремої процесуальної дії лише у ви-

падку, коли завчасно повідомлений захисник, залучений обвинуваченим, підозрюваним, не може прибути для участі у проведенні процесуальної дії протягом двадцяти чотирьох годин, або за наявності письмової згоди обвинуваченого, підозрюваного». Знову ж виникає запитання, чому *такі гарантії не передбачені, наприклад, для засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), особи, щодо якої застосовуються заходи забезпечення кримінального провадження, де по перших двох категорій згоду мав би давати також законний представник.*

Виходячи з пропонуваніх змін до КПК, право на допит свідків матиме захисник, адвокат як представник потерпілого або юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ст. 65, 93, 95, 106). Виникає запитання, чому *аналогічне право не передбачено для представника цивільного позивача та цивільного відповідача.* При цьому *право застосувати під час допиту фотозйомку, аудіо- та/або відеозапис* у пропонуваніх змінах до ст. 224 передбачено *лише для сторони обвинувачення та сторони захисту, до яких ані адвокат як представник потерпілого, ані адвокат як представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, не належить.* Додамо, що це формулювання обмежує права адвоката порівняно з п. 9 ст. 20 проекту, який передбачає, що адвокат має право застосовувати не заборонені законом технічні засоби без будь-якого дозволу посадових осіб або суду, в тому числі з метою фіксації процесуальних та інших дій, в яких адвокат бере участь, перебігу судового засідання тощо.

Попри спробу розширити коло осіб, які мають право заявляти клопотання, формулювання ст. 220 викликає запитання: «1. Клопотання сторони захисту, потерпілого, його представника або законного представника, цивільного позивача, представника

³ Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.09 / Гловюк Ірина Василівна. Одеса, 2016. С. 15; Гловюк І. В. Третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, як учасник кримінального провадження: проблемні питання / І. В. Гловюк // Гуманізація кримінальної відповідальності та демократизація кримінального судочинства: матеріали Міжнар. науково-практич. симпозіуму (м. Івано-Франківськ, 18 — 19 листоп. 2016 р.). Івано-Франківськ: Ред.-вид. відділ Івано-Франківського університету права ім. Короля Д. Галицького, 2016. С. 42-44; Моторигіна М. Г. Сторона захисту в судовому провадженні у першій інстанції: монографія / М. Г. Моторигіна; за науковою редакцією д. ю. н., проф. О. В. Капліної. Харків : Оберіг, 2018. С. 65.



цивільного позивача, цивільного відповідача, представника цивільного відповідача, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявника, свідка та його адвоката про виконання будь-яких процесуальних або слідчих дій слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав». По-перше, *не вказано законного представника підозрюваного, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні; по-друге, дефектом юридичної техніки, що спричинить правову невизначеність, є те, що незрозуміло з положень статті, мова йде про право заявляти клопотання для представника «третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявника» або для самих «третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт, іншої особи, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявника».*

До речі, питання про представництво заявника так і не вирішено у проекті, хоча судова практика щодо, зокрема, визнання можливості оскарження адвокатом, який надає професійну правничу допомогу заявнику, бездіяльності, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, є різною.

Крім того, формулювання «процесуальних або слідчих дій» є некоректним, враховуючи, що слідчі (розшукові) дії є різновидом процесуальних дій, а про негласні слідчі (розшукові) дії у статті чомусь взагалі не згадано.

Пропозиції до ст. 234 КПК хоча і вирішують давню наболілу проблему участі захисника у розгляді клопотання про обшук, проте не зкорельовані із ст. 166 КПК, яка вказує на клопотання сторони захисту, а не лише захисника.

Пропонується, щоб у випадку проведення обшуку чи інших слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи, яка не є стороною або учасником кримінального провадження, адвокат, який представляє права та законні інтереси такої особи, користується такими самими правами, які надані цим Кодексом підозрюваному, обвинуваченому. Як видається, доречніше у цьому випадку було б вказати на права захисника підозрюваного, обвинуваченого.

НЕПРИПУСТИМІСТЬ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ: НЕБЕЗПЕКА ДЛЯ ОБОХ СТОРІН КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У КПК пропонується закріпити цю засаду у такому формулюванні:

«Стаття 22¹. Неприпустимість зловживання процесуальними правами

1. Учасники кримінального провадження повинні добросовісно користуватися процесуальними правами. Зловживання процесуальними правами не допускається.

2. В залежності від обставин справи слідчий суддя, суд може визнати зловживанням процесуальними правами дії, які суперечать засадам кримінального судочинства, зокрема:

1) подання скарги на судові рішення, яке не підлягає оскарженню, є нечинним або дія якого закінчилася, подання клопотання (заяви) для вирішення питання, яке вже вирішено судом, за відсутності інших підстав або нових обставин чи доказів;

2) повторне подання скарги чи клопотання до вирішення судом скарги чи клопотання того самого змісту;

3) заявлення завідомо безпідставного відводу або відводу з підстав, вже розглянутих судом, за відсутності нових обставин чи доказів;

4) неявка захисника у судові засідання без поважних причин, якщо обвинувачений заперечує проти проведення судового розгляду за відсутності захисника;

5) звернення до суду із завідомо безпідставним клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів або накладення арешту на майно.

3. Якщо подання скарги, заяви, клопотання визнається зловживанням процесуальними правами, слідчий суддя, суд з урахуванням обставин справи має



право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання.

4. Слідчий суддя, суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. У випадку зловживання учасником кримінального провадження його процесуальними правами слідчий суддя, суд застосовує до нього заходи впливу, передбачені цим Кодексом».

Крім того що пропонувана засада була оцінена як зміна всієї системи захисту⁴, відповідні формулювання викликають зауваження за багатьма змістовними та термінологічними аспектами. З такого формулювання виникає уявлення, що зловживати можна лише процесуальними правами, а не процесуальними повноваженнями. Зловживання процесуальним правами визначається через дії, які суперечать засадам кримінального судочинства, а це викликає питання щодо самостійності змісту цієї засади, адже наслідки торкаються інших засад кримінального провадження. При цьому перелік тих дій, які віднесені до зловживання, свідчить про некоректність юридичних формулювань, відсутність правової визначеності, яка особливо важлива при вирішенні питань притягнення особи до кримінально-процесуальної відповідальності, та наявність необмеженої дискреції для слідчого судді, суду, що має дуже тонку лінію відмежування від свавілля.

Подання скарги на судові рішення, яке не підлягає оскарженню, не може бути кваліфіковано як різновид зловживання правом. Це обумовлено тим, що конституційною засадою судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судового рішення, тобто, по суті, передбачено, що загальним правилом є можливість апеляційного оскарження. Відмітимо і те, що судові практика зараз поступово йде по шляху допуску оскарження, наприклад, ухвал слідчих суддів, які не передбачені ст. 309 КПК.

У постанові Великої Палати Верховного Суду від 23.05.18 р. (справа № 237/1459/17) указано, що однією з основних засад судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судового рішення (п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ст. 14 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.16 р. № 1402-VIII). Наведені правові норми

мають своє відображення у пунктах 1, 2 та 17 ст. 7 КПК, де зазначено, що зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відносяться: верховенство права, законність, забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності. Законність і обґрунтованість рішень слідчого судді, прийнятих на досудовому розслідуванні, може бути забезпечена можливістю їх оскарження в апеляційному порядку. Тому передбачене гл. 26 КПК право на оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування є важливою гарантією забезпечення захисту прав і законних інтересів учасників кримінального провадження і процесуальним інструментом виправлення судової помилки на цьому етапі кримінального провадження та відповідає його завданням, передбаченим ст. 2 КПК. Перелік ухвал слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування в апеляційному порядку, викладено в ч. 1 та ч. 2 ст. 309 КПК. Це ухвали, які стосуються обмеження свободи та особистої недоторканності, арешту майна, тимчасового доступу до певних речей і документів, відсторонення від посади, а також ухвали про відмову у здійсненні спеціального досудового розслідування, про відмову в задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження, повернення скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора або відмову у відкритті провадження у ній. Частина 3 ст. 309 КПК встановлює, що інші ухвали слідчого судді, ніж зазначені в цій статті, оскарженню не підлягають і заперечення проти них можуть бути подані під час підготовчого провадження в суді. Тобто у випадку незгоди сторін з іншими ухвалами слідчого судді законність останніх підлягає перевірці судом першої інстанції під час підготовчого провадження. Велика Палата вважає, що у разі постановлення слідчим суддею ухвали, що не передбачена кримінальними процесуальними нормами, до яких відсилає положення ч. 3 ст. 309 КПК, суд апеляційної інстанції не вправі відмовити у перевірці її законності, посилаючись на приписи ч. 4 ст. 399 КПК. Право на апеляційне оскарження такого судового рішення підлягає забезпеченню на підставі п. 17 ч. 1 ст. 7 та ч. 1 ст. 24 КПК, які його гарантують. Тобто Велика Палата погоджується з правовим висновком ВСУ, викладеним

⁴ Фазекош О. Гарантії зі знаком «мінус». URL: <http://unba.org.ua/publications/3572-garantii-zi-znakom-minus.html>.



в постанові від 12.10.17 р. № 5-142кс(15)17. Оскільки слідчий суддя прийняв рішення, яке не передбачено КПК, суду апеляційної інстанції при вирішенні питання про відкриття апеляційного провадження належало виходити з приписів ст. 9 КПК, яка розкриває принципи законності кримінального провадження та в ч. 6 установлює, що коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 цього Кодексу. Однією з таких засад є забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 ч. 1 ст. 7 КПК), а її зміст розкрито у ст. 24 КПК, згідно з ч. 1 якої кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, зокрема, суду, слідчого судді в порядку, передбаченому КПК. Виходячи з викладеного, Велика Палата дійшла висновку, що апеляційний суд, відмовивши у відкритті апеляційного провадження за апеляційною скаргою на ухвалу слідчого судді, істотно порушив вимоги кримінального процесуального закону, а тому ухвала цього суду підлягає скасуванню на підставі п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

Тобто у відповідному кримінальному провадженні оскаржувалися саме ті судові рішення, які не підлягали оскарженню, що призвело до зміни правозастосовної практики. У разі, якщо це положення діятиме як норма-принцип, то добитися захисту прав особи шляхом оскарження судових рішень, які формально оскарженню не підлягають, проте іншого потенційно ефективного способу юридичного захисту не існує, буде неможливо.

Крім того, незрозуміло, що мається на увазі під «нечинним» рішенням.

Повторне подання скарги чи клопотання до вирішення судом скарги чи клопотання того самого змісту, звичайно, за певних умов може мати ознаки зловживання, проте у практичній діяльності непоодинокими є ситуації, коли клопотання розглядається невчасно, слідчий суддя, суд необґрунтовано затягують із його розглядом та вирішенням. Це стосується у тому числі ситуацій, коли певні скарги, клопотання сторони захисту подаються слідчому судді, і вони розглядаються із значним перевищенням строку, передбаченого КПК, для того, щоб дочекатися передання обвинувального

акту до суду, щоб з урахуванням стадійних меж компетенції слідчого судді не розглядати по суті скаргу або клопотання. Тоді, крім повторного подання скарги або клопотання, немає іншого потенційно ефективного способу юридичного захисту. Щоправда, виходячи із запропонованого формулювання, повторне подання скарги чи клопотання до вирішення слідчим суддею скарги чи клопотання того самого змісту не матиме ознак зловживання правом (?!).

Стосовно «заявлення завідомо безпідставного відводу» ситуація видається ще більш цікавою. По-перше, *оцінити «завідому безпідставність» в принципі неможливо*, якщо вказані в заяві про відвід підстави для відводу, навіть якщо вони, на думку слідчого судді, суду, не знайшли свого підтвердження (це стосується, до речі, і «завідомо безпідставного» клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів або накладення арешту на майно). По-друге, навіть у випадку відмови у задоволенні заяви про відвід законодавець вже у чинних положеннях КПК непрямо вказує, що можливі ситуації, коли навіть обґрунтовані заяви про відвід не задовольняються. Йдеться, зокрема, про положення ст. 415 КПК, за якими підставою для призначення нового розгляду в суді першої інстанції є те, що в ухваленні судового рішення брав участь суддя, якому було заявлено відвід на підставі обставин, які очевидно викликали сумнів у неупередженості судді, і заяву про його відвід визнано судом апеляційної інстанції обґрунтованою. Тому *і цей випадок «зловживання» є, по суті, невизначеним за своїм змістом, що може призвести до його свавільного застосування*.

Стосовно неявки захисника у судові засідання без поважних причин, крім того, що поважність причин неявки у засідання також досить суб'єктивна обставина, яка має бути предметом розгляду під час дисциплінарного провадження, адже ці причини суддя і адвокат тлумачитимуть на свою користь⁵, зазначимо, що не йдеться чомусь про те, що для того, щоб кваліфікувати цю неявку як зловживання, захисник повинен бути завчасно повідомлений у встановленому КПК порядку. Тобто за наявних *пропозицій неявка неповідомленого захисника є зловживанням правом(?!)*. А додавання при цьому умови «якщо обвинувачений заперечує проти проведення судового розгляду за відсутності захисника», взагалі обмежує право обвинуваченого використовувати юридичну допомогу захисника,

⁵ Дроздов О. Презумпція недобросовісності. URL: <http://unba.org.ua/publications/3583-prezumpciya-nedobrosovisnosti.html>.



вибраного на власний розсуд, за відсутності легітимної мети такого обмеження.

Таким чином, запровадження цієї засади кримінального провадження у сучасних умовах призведе до розбалансування змагальності кримінального провадження. Її існування взагалі у кримінальному провадженні можливо лише за умови «зразкового» виконання своїх процесуальних обов'язків усіма учасниками кримінального провадження, у тому числі тих, які мають владні повноваження.

АДВОКАТ СВІДКА

Позитивними є положення щодо унормування статусу адвоката свідка, адже проблеми нормативної регламентації його статусу та проблеми участі давно є предметом обговорення у професійних колах. Проте у пропонуваніх змінах є певні недоліки, які ускладнять реалізацію права свідка на професійну правничу допомогу. Так, попри те, що адвокат свідка матиме право брати участь у проведенні допиту чи проведенні інших процесуальних дій за участю свідка, на конфіденційне спілкування із свідком він матиме право лише під час допиту і матиме право ознайомлюватися лише з протоколом допиту; про інші процесуальні дії не йдеться. Адвокат свідка матиме право надавати консультації свідку, якщо фактичні обставини у справі можуть бути використані для кримінального переслідування особисто самого свідка або членів його сім'ї чи близьких родичів. Коріння цієї пропозиції наявні у КПК 1960 р. Проте *таке формулювання, по суті, обмежує право свідка на правову допомогу, пов'язуючи можливість отримання свідком консультації під час допиту тільки з цими випадками.*

КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ СПІЛКУВАННЯ АДВОКАТА ТА КЛІЄНТА

Статтю 93 КПК пропонується доповнити частиною такого змісту: «3. Забороняється збирання доказів шляхом отримання інформації щодо спілкування адвоката, помічника адвоката з його клієнтом. У випадку, якщо таке спілкування було зафіксовано, відповідні записи та їх копії повинні бути негайно знищені, а будь-яке їх використання є незаконним та тягне відповідальність, установлену законом». У цілому слід визнати логічність такого положення.

У практиці ЄСПЛ неодноразово вказувалося на важливість конфіденційності спілкування адвоката та клієнта.

ента. Так, у рішенні ЄСПЛ «Дудченко проти Росії» (заява № 37717/05) Суд повторив, що в той час як ст. 8 захищає конфіденційність будь-якої «кореспонденції» між особами, вона передбачає посилений захист обміну інформацією між адвокатами і клієнтами. Це підтверджується фактом, що адвокати здійснюють у демократичному суспільстві основоположну місію — захист обвинувачених і підсудних. Зрозуміло, адвокат не може належно здійснювати цю основоположну місію, якщо він не може гарантувати тим, кого захищає, що їхнє спілкування залишиться конфіденційним. У своєму прецедентному праві Суд розробив такі мінімальні гарантії, які повинні бути встановлені в законодавстві з метою уникнення зловживання владою у випадках, коли законний привілейований матеріал було отримано за допомогою заходів таємного контролю. По-перше, в законі необхідно чітко визначити сферу юридичного професійного привілею та вказати, яким чином, за яких умов і через кого слід проводити розмежування між привілейованими та непривілейованими матеріалами. Враховуючи, що конфіденційні відносини між адвокатом та його клієнтами належать до особливо чутливої сфери, яка безпосередньо стосується прав захисту, неприпустимо, щоб це завдання було віднесено до компетенції представника виконавчої влади без нагляду з боку незалежного судді. По-друге, правові положення, що стосуються дослідження, використання та зберігання отриманого матеріалу, запобіжні заходи, які слід вживати при передачі матеріалу іншим сторонам, та обставини, в яких записи можуть бути або повинні бути стерті, або матеріали, які були знищені, повинні забезпечити достатні гарантії для захисту законного привілейованого матеріалу, отриманого при прихованому контролі. Зокрема, національне законодавство повинно містити достатню чіткість та деталі: процедуру подання звітності незалежному наглядовому органу для розгляду випадків, коли матеріал, що підпадає під поняття юридичного професійного привілею, був отриманий внаслідок таємного спостереження; приналежності набуває внаслідок таємного нагляду; процедуру безпечного знищення такого матеріалу; умови, за яких він може бути збережений та використаний у кримінальних справах та правоохоронних розслідуваннях; і в цьому випадку процедури безпечного зберігання, розповсюдження таких матеріалів та їх подальшого знищення, як тільки вони більше не потрібні для будь-якої з авторизованих цілей⁶.

⁶ URL: <https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2017/11/dudchenko-protiv-rossii.pdf>.



Відмітимо, що значення цього пропонованого положення у контексті забезпечення гарантій адвокатської діяльності істотно знижується тим, що не передбачено процедуру знищення записів та їх копії із інформацією щодо спілкування адвоката, помічника адвоката з його клієнтом. Адже не передбачено, хто має приймати таке рішення, у якій процесуальній формі, на кого має покладатися виконання цього рішення, який граничний строк знищення відповідних записів та їх копій.

ОСОБЛИВИЙ ПОРЯДОК КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СТОСОВНО АДВОКАТІВ

Не можна погодитися із запропонованим у проєкті звуженням гарантій адвокатської діяльності у контексті особливого порядку кримінального провадження, а саме з положенням пропонованої ч. 2 ст. 481 КПК: «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, про-

курором у порядку, визначеному частинами першою та другою статті 278 цього Кодексу». Це звужує гарантії для адвоката у кримінальному провадженні порівняно з чинними положеннями. Натепер навіть за різного тлумачення чинних норм ст. 481 КПК у доктрині та у правозастосовчій практиці, є судова практика щодо реагування на вручення письмового повідомлення про підозру особам, кримінальне провадження стосовно яких здійснюється у відповідності до гл. 37 КПК, суб'єктами, не передбаченими ст. 481 КПК (окремі думки⁷, скасування рішення щодо вручення підозри⁸, повернення обвинувального акта⁹, залишення без задоволення клопотання про застосування запобіжного заходу¹⁰).

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що проєкт № 9055 містить істотні ризики стосовно майбутніх можливостей адвокатів здійснювати ефективний захист та представництво у кримінальних провадженнях. Відповідно зазначені недоліки мають бути виправлені для попередження порушень прав осіб у кримінальних провадженнях, які однозначно стануть підставою для звернень до ЄСПЛ.

⁷ Див. ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73403633>.

⁸ Див. ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68194346>.

⁹ Див. ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62359500>.

¹⁰ Див. ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45084302>.

ПОРУШУЮТЬ ТВОЇ ПРАВА?



КОМІТЕТ ЗАХИСТУ
ПРАВ АДВОКАТІВ НААУ

☎ телефонуй

(067) 692-44-43*

*гаряча лінія працює цілодобово





ІДЕОЛОГІЯ АДВОКАТСЬКОЇ ПРОФЕСІЇ ПІДМІНЯЄТЬСЯ ІДЕОЛОГІЄЮ САМОЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ – МАРИНА СТАВНІЙЧУК



Голова Комітету НААУ з питань верховенства права Марина Ставнійчук у своїй аналітичній статті для «Дзеркала тижня»¹ виклала основні ризики, які містить проект Закону № 9055. За її оцінкою, законопроект порушує

чисельні конституційні норми, містить корупційні ризики та загрожує тотальною залежністю інститутів захисту прав людини від політичних та особистих впливів тих, хто при владі. Про зміну ідеології адвокатської діяльності свідчать навіть правки до тексту присяги адвоката, передбачені законопроектом.

«Порівнюючи з чинним текстом присяги адвоката, у відповідному тексті законопроекту зникли «незалежність та конфіденційність», «висока відповідальність виконувати покладені на адвоката повноваження». Натомість з'явилися нові вимоги — «сприяти здійсненню незалежного і безстороннього правосуддя», «підтримувати повагу до суду». Начебто нічого такого, але ідеологія адвокатської професії підміняється ідеологією самої судової влади. Таким чином, адвокат ставиться у пряму залежність від суб'єктивного сприйняття кожного судді, як останній розуміє «повагу» або «неповагу» до суду. У разі фіксування цієї неповаги адвокат автоматично є порушником не процесуальних норм, а присяги. А це, у свою чергу, — пряма дорога на вихід із професії. Дуже небезпечно для можливостей не лише самого адвоката, а передовсім для захисту прав і свобод людини», — ідеться у статті.

Маркерами оцінки проекту № 9055 вона називає три позиції: доступ до професії адвоката, гарантії спроможностей та незалежності діяльності адвокатури у справі захисту прав людини, а також питання адвокатського самоврядування. Кожен блок законопроекту проаналізований із погляду ризиків та переваг.

З критикою законопроекту № 9055 виступили як адвокатська спільнота, так і правозахисники. Загаль-

ні зауваження такі. Значним недоліком законопроекту № 9055 є численні корупційні ризики. Такі речі є неприпустимими, адже антикорупційний компонент має бути обов'язковим для кожного етапу судової реформи. Він переповнений суперечностями між різними статтями, термінологічно невизначеністю, оцінками судженнями, особливо в частині регулювання доступу до професії та притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності тощо.

При цьому об'єктивно відзначаються і певні позитиви. На думку Української Гельсінської спілки з прав людини та Харківської правозахисної групи, ідеться про те, що розширено перелік осіб, захист прав, свобод і законних інтересів яких уповноважений здійснювати адвокат; передбачено право адвоката здійснювати фіксування процесуальних дій без дозволу будь-якими технічними засобами, не забороненими законом; заборонено збирати докази з порушенням прав адвоката; адвокату надано право оскаржити слідчому судді відмову в доступі до матеріалів досудового розслідування та розширено перелік рішень, дій та бездіяльності слідчого, прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування; адвокат отримує право збирати докази шляхом проведення допиту свідків за їхньою згодою (ця гарантія посилюється й тим, що відповідальність настає за надання неправдивих показань не тільки слідчому, прокурору та судді, а й адвокату); врегульовано право адвоката ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій; адвокатам надано право мати доступ до державних реєстрів тощо.

«Водночас, повинна зауважити, — в існуючій національній правовій системі не можна допустити прийняття низки справді істотних гарантій процесуального характеру тільки і виключно у профільному законодавстві про адвокатуру. На практиці це призведе до недотримання гарантій або ж навіть відвертого ігнорування положень закону, що вилетіть у неможливість здійснення захисту та представництва. Ні правоохоронцям, ні суддям спеціальне адвокатське законодавство не указ. Ми ж розуміємо, як у нас зараз усе працює», — ідеться у статті.

¹ Повний текст статті Марини Ставнійчук «Адвокатура: без права на захист» опублікована у «Дзеркалі тижня» від 27 жовтня 2018 року.



ЧИ МАЄ АДВОКАТ ПРАВО ЗА РЕЛІГІЙНИМИ ПЕРЕКОНАННЯМИ ВІДМОВИТИСЯ ВІД ЗАХИСТУ КЛІЄНТА: ЗА І ПРОТИ



Леонід Майданевич, адвокат, к. філос. н.

У статті розглядаються проблемні аспекти співвідношення законодавчих норм, зумовлених, з одного боку, феноменом «свободи совісті», а з іншого — конституційним обов'язком адвоката на захист від обвинувачення та надання правової допомоги.

Суспільні зміни в Україні після проголошення незалежності в 1991 році створили якісно нову ситуацію в духовному житті українського народу. За досить короткий час відбулась переорієнтація свідомості переважної більшості громадян країни на ті світоглядні й морально-етичні цінності, котрі раніше відкидалися офіційною ідеологією. Актуальність обраної теми дослідження обумовлена питанням свободи совісті при здійсненні адвокатом захисту клієнта в кримінальному провадженні.

Питання про свободу совісті протягом багатьох років перебуває у центрі уваги ООН. У 1948 році було прийнято Загальну декларацію прав людини, де у ст. 18 передбачено, що «кожна людина має право на свободу думки, совісті і релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання і свободу сповідувати свою релігію або переконання як одноособово, так і разом з іншими, публічним або приватним порядком у вченні, богослужінні і виконанні релігійних та ритуальних обрядів».

25 листопада 1981 року Генеральна Асамблея ООН прийняла Декларацію про ліквідацію всіх форм нетерпимості і дискримінації на основі релігії або переконань. У Декларації знаходять своє підтвердження

права та свободи, передбачені у Загальній декларації прав людини (1948) та Міжнародних пактах про права людини (1966), і проголошується, що «ігнорування і порушення прав людини та основних свобод, зокрема права на свободу думки, совісті, релігії або будь-яких переконань, є прямо чи опосередковано причиною війн і тяжких страждань людства, особливо, коли вони є засобом іноземного втручання у справи іншої держави та ведуть до розпалювання ненависті між народами і державами».

17 липня 1997 року Україна ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод¹ та визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини. Згідно зі ст. 9 Конвенції «кожен має право на свободу думки, совісті та релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання, а також свободу сповідувати свою релігію або переконання під час богослужіння, навчання, виконання та дотримання релігійної практики і ритуальних обрядів як одноособово, так і спільно з іншими, як прилюдно, так і приватно. Свобода сповідувати свою релігію або переконання підлягає лише таким обмеженням, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської

¹ Далі за текстом — Конвенція, КЗПЛ.



безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб».

Як слушно зауважує український науковець В. Єленський, «... Рекомендація Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1412 (1999) «Протиправні дії сект» закликає застосовувати до неправомірних дій, які вчиняються від імені релігійних груп, ті норми, які передбачені цивільним і кримінальним законодавством, і не ухвалювати якихось окремих законодавчих актів про секти, оскільки таке законодавство порушувало б свободу совісті та віросповідання, гарантовану ст. 9 Європейської Конвенції з прав людини, а також зашкодило б традиційним релігіям»².

Державно-конфесійні відносини є основою будь-якої цивілізації й культури, способу життя загалом. Сучасний правовий статус цих відносин став можливим після укладання Вестфальського миру в 1648 році. Саме в цій хартії вперше в історії ідеї єдиної міжнародної християнської спільноти було протиставлено ідею суверенітету й незалежності кожної держави.

Характер державно-конфесійних відносин обумовлюється в кожній країні своєю історією, політикою, законодавством тощо. Водночас кожна країна створює свою модель державно-конфесійних відносин. У цій моделі специфічно взаємодіють аспекти духовного й матеріального, раціонального та ірраціонального. Ядром обраної моделі є конкретні релігійно-правові норми.

Варто зауважити, що в науковій літературі права на свободу світогляду й віросповідання, найперше, розглядається через поняття «свобода совісті». Свобода совісті — це одне з фундаментальних прав і свобод людини, поза якими її нормальне існування неможливе. Свобода совісті є духовний початок в людині (М. Бердяєв) та найважливішим структурним елементом у правовому розумінні гідності людини. Власне свобода совісті є одним із засадничих елементів структури свободи як такої. Де свобода кожного

є унікальним способом пізнання духовної реальності та її початком. Як зазначає український науковець М. Бабій, «свобода — це явище поліструктурне. Скажімо, за сферою суспільного вияву свобода постає як економічна, політична, духовна, моральна, світоглядна. В її структурі виділяють такі важливі складові, як свобода думки, свобода совісті, свобода слова, свобода релігії, свобода творчості тощо»³.

Відтак категорія «свобода совісті» отримана шляхом об'єднання двох цілком самостійних понять «свобода» й «совість», які мають власний специфічний зміст, форму прояву, свої оціночні критерії та функції, свої засади у сфері державно-конфесійних відносин.

На думку правознавиці О. Члевик, у Конституції України поняття свободи використовується у трьох значеннях. «По-перше, свобода визначається як загальний принцип права. По-друге, як синонім терміна «право» (тобто як суб'єктивне право). По-третє, свобода розглядається як особиста недоторканність. Такий підхід у світовій практиці прийнято називати широким, він передбачає закріплення свободи як конституційного феномена, як цінності, як синоніма суб'єктивних прав»⁴.

У філософському розумінні свобода передбачає: 1) усвідомлення необхідності та діяльності особи, що узгоджена із необхідністю; 2) наявність можливості робити вибір стосовно змісту та напряму своїх дій; 3) врешті, за наявності двох означених умов — мати можливість змінювати наявну необхідність на іншу, таку, що відкриває перспективи розширення свободи.

Поняття «совість» узвичаїлося в повсякденній мові «як позначення «ставлення до самого себе», властивого індивідові чи групі»⁵. І як етична категорія, на думку М. Лубської, «совість — це здатність особистості формулювати свої моральні обов'язки, вимагати від себе їх повного виконання, здійснювати моральний самоконтроль і критичну самооцінку своїх думок і вчинків»⁶. У розуміння совісті вкладається відчуття людиною

² Єленський В. Тоталітарні секти й українські вибори. Релігія в Україні. 2010. URL : <http://www.religion.in.ua/main/daycomment/print:page,1,3205-totalitarni-sekti-i-ukrayinski-vibori.html>.

³ Бабій М. Свобода совісті та свобода релігії: теоретичний аспект / М. Бабій // Софія. 2014. № 2 (2). С. 10 — 14.

⁴ Члевик О. В. Свобода як категорія конституційного права : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.02 / Члевик Олена Володимирівна ; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Х. 2016. С. 10.

⁵ Європейський словник філософій : Лексикон неперекладностей / Пер. з фр. Том третій. К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2013. — С. 79.

⁶ Лубська М. В. Релігієзнавчо-правовий аналіз змісту та реалізації принципу свободи совісті й віросповідання в Україні [Рукопис] : дис. ... канд. філос. наук : спец. 09.00.11 / Лубська Марія Володимирівна ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К. 2002. С. 10.



внутрішньої відповідальності перед собою за свої вчинки, їх оцінка з певних моральних позицій, внутрішній самоконтроль щодо виконання своїх обов'язків перед суспільством та іншими людьми, здатність до морального самовдосконалення. Вона менш за все спирається на примус із боку суспільства та держави, на застосування норм права. Дія совісті виходить з того, що людина, маючи почуття і розум, має також і свободу вибору у своїх думках та вчинках.

Таким чином, свобода совісті є одним з конкретних проявів свободи особи в суспільстві та є однією із загальнолюдських соціальних та духовних цінностей. Визнання свободи совісті означає разом із тим визнання цінності вільної особистості, її духовного суверенітету, яка у своєму духовному самовизначенні підзвітна лише своїй совісті, а для віруючої людини — Богу, зв'язок з Яким є для неї сенсом і метою життя.

Цей стратегічний курс знайшов своє відображення в ст. 35 Конституції України, яка закріпила право кожної людини на свободу світогляду та віросповідання. Це право передбачає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати жодної, без перешкод відправляти одноосібно чи колективно релігійні культу та ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. Церква й релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа — від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова. Здійснення цього права може бути обмежене законом лише в інтересах охорони суспільного порядку, здоров'я та моральності населення.

Оскільки релігійні відносини в Україні — засадничий елемент суспільних відносин, суб'єктами яких є релігійне та нерелігійне населення, держава зобов'язана регулювати їх за допомогою законодавства. Так, ст. 23 Конституції України визначає, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток особистості.

Гарантуючи можливість сповідувати або не сповідувати ту чи іншу релігію, держава водночас повинна опікуватися дотриманням чинного законодавства, права і свободи всіх громадян. У цьому зв'язку Конституції багатьох країн свободу віросповідання поєднують

з необхідністю дотримання суспільного спокою, виконанням інших громадських, виробничих обов'язків.

Також варто погодитися з тим, що концепція «верховенства права» (англ. the rule of law) є визначальною в утворенні моделі державно-конфесійних відносин у країнах, які діють за принципами конституціоналізму. «Верховенство права — це найважливіший принцип правової держави, який означає панування права в усіх сферах суспільних відносин, підпорядкування всіх громадян і держави правовим законам»⁷. Тобто визнання пріоритету права перед іншими соціальними нормами (релігії, моралі, звичаїв тощо). Нагадаємо, що відповідно до ст. 8 Конституції в Україні визнається й діє верховенство права.

Наразі в частині другій ст. 59 Конституції України визначено, що для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

У ст. 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено зміст присяги адвоката України. Зокрема, адвокат присягається у своїй адвокатській діяльності дотримуватися принципів верховенства права, правил адвокатської етики, чесно та сумлінно забезпечувати право на захист та надавати правову допомогу відповідно до Конституції України і законів України.

Серед підстав для відмови в укладенні договору про надання правової допомоги в п. 6 ч. 1 ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначаються, зокрема, такі підстави: «виконання договору може суперечити інтересам адвоката <...> а також у разі наявності інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів».

Згідно з п. 8 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» конфлікт інтересів — це суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності.

Водночас згідно з п. 1 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокату

⁷ Шляхтун П. П. Конституційне право : [словник термінів]. К. : Либідь, 2005. С. 41.



забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта.

Кримінально-правовий захист рівноправності громадян за чинним кримінальним законодавством України здійснюється низкою кримінально-правових норм, які входять до різних розділів Кримінального кодексу України⁸ та передбачені ч. 2, 3 ст. 110, п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, ст. 161 та ст. 442. Водночас норми, передбачені ст. 161 КК, є загальними щодо норм, передбачених у вищезазначених статтях КК, які є спеціальними, що виключає кваліфікацію за сукупністю. Кваліфікований склад порушення рівноправності громадян є спеціальним складом щодо злочину, відповідальність за який передбачена ст. 365 КК.

Рівноправність громадян є правовим принципом, який виступає складовою частиною конституційно-правового статусу громадянина України. Порушення рівноправності громадян має формальний склад, а тому об'єктивний бік цього злочину не передбачає зазначення на суспільно небезпечні наслідки як обов'язкової ознаки.

Основним (головним) безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 161 КК, виступає: з одного боку, суспільні відносини, що покликані забезпечувати расову, національну, релігійну та іншу рівноправність людини та громадянина; з іншого — державна безпека. Додатковим необхідним об'єктом злочину, передбаченого ст. 161 КК, виступає: честь і гідність особи, її життя, здоров'я, власність, встановлений порядок виконання службовими особами своїх повноважень тощо.

Об'єктивний бік складу злочину, передбаченого ст. 161 КК, може вчинятися у п'яти формах його вчинення: 1) дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті; 2) дії, спрямовані на приниження національної честі та гідності; 3) образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями; 4) пряме чи непряме обмеження прав громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками; 5) встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян залежно від ознак раси, кольору шкіри,

політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. У ч. 1 ст. 161 КК містить формальний склад злочину, а у ч. 2 та ч. 3 цієї статті — формальні або матеріальні (за наявності відповідних ознак) складу. Порушення рівноправності громадян, окрім прямого чи непрямого обмеження прав, вчиняється лише через дію; пряме чи непряме обмеження прав може вчинятися як шляхом дії, так і шляхом бездіяльності.

Суб'єктом порушення рівноправності громадян в основному складі цього злочину (ч. 1 ст. 161 КК) є фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку.

Із суб'єктивного боку порушення рівноправності громадян має обов'язково характеризуватися прямим умислом і спеціальним мотивом — «расової, національної чи релігійної нетерпимості». Мета та емоційний стан при вчиненні цього злочину лежать за межами його складу і через це не можуть прямо впливати на кваліфікацію вчиненого. Якщо йдеться про такі наслідки діяння, як «тяжкі наслідки» (ч. 3 ст. 161 КК), то слід говорити про так звану «змішану» форму вини.

Підсумовуючи, потрібно зазначити, що всі громадяни України мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Під рівноправністю на захист від обвинувачення необхідно розуміти загальноправовий принцип, який виступає складовою частиною конституційно-правового статусу громадян. Дотримання цього принципу полягає в існуванні в державі рівних конституційних прав на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах незалежно від ознак раси, національності, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Можливим порушенням рівноправності з боку адвоката у своїй незалежній професійній діяльності може стати ігнорування адвокатом загальноправового принципу рівноправності громадян внаслідок розрізнення, переваг, обмежень залежно від релігійних та інших переконань. Власне, у деяких аспектах діяльності релігійних організацій чи віруючих настає ситуація, коли між реаліями життя й нормою закону виникають протиріччя, що потребують розв'язання.

⁸ Далі за текстом — КК.



ОКРЕМІ ПИТАННЯ РОЗГЛЯДУ КВАЛІФІКАЦІЙНО-ДИСЦИПЛІНАРНОЮ КОМІСІЄЮ ПРОКУРОРІВ ДИСЦИПЛІНАРНИХ СКАРГ АДВОКАТІВ



Сергій Подкопаєв, начальник управління організаційного забезпечення діяльності (Секретаріату) Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів Департаменту кадрової роботи та державної служби Генеральної прокуратури України, заслужений юрист України, к. ю. н., доцент

Сергій Гриненко, заступник начальника відділу підготовки матеріалів щодо дисциплінарної відповідальності та звільнення прокурорів з посад управління організаційного забезпечення діяльності (Секретаріату) Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів Департаменту кадрової роботи та державної служби Генеральної прокуратури України



Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів¹ — новий колегіальний орган кадрового забезпечення діяльності прокуратури, який наділений компетенцією щодо вирішення низки питань, пов'язаних із статусом прокурорів. До її складу входять 11 членів, у тому числі особа з числа адвокатів, яка призначається З'їздом адвокатів України.

Із набуттям чинності положень Закону України від 14.10.14 р. № 1697 «Про прокуратуру»² в частині організації та діяльності КДКП запроваджено принципово іншу, колегіальну процедуру вирішення питань про дисциплінарну відповідальність прокурорів, що, за задумом, покликано звести до мінімуму ризик помилок у цій сфері, суб'єктивізм у прийнятті рішень, підвищити прозорість накладення стягнень та, у кінцевому підсумку, зменшити «плинність» прокурорських кадрів, підвищити стабільність системи прокуратури взагалі.

Відтак сутність діяльності КДКП, вочевидь, мають становити щонайменше два ключові принципи. Перший полягає в тому, що вона повинна стати надійним гарантом незалежності прокурорів огорожуючи їх від необ-

ґрунтованих претензій, у тому числі з боку «процесуальних опонентів», адже особливий порядок притягнення прокурорів до дисциплінарної відповідальності є однією з гарантій їх незалежності, встановлених Законом (п. 1 ч. 1 ст. 16). Адвокати мають зважати на це, не допускаючи зловживання правом на звернення до КДКП, у тому числі ініціювання питання відповідальності прокурора без достатніх підстав, використання такого права, як засобу тиску на прокурора у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків. Другий — у тому, що КДКП покликана сприяти забезпеченню правового і морального порядку в прокурорському середовищі.

КДКП розпочала свою роботу у травні 2017 року, коли на її організаційному засіданні були обрані

¹ Далі за текстом — КДКП.

² Далі за текстом — Закон.



голова, заступник голови та секретар, а сама вона зареєстрована як юридична особа. У подальшому рішенні від 07.06.17 р. № 5зп-17 КДКП затверджено **рекомендований зразок дисциплінарної скарги**³, а рішенням від 12.07.17 р. № 18зп-17 (за погодженням з Радою прокурорів України) — **Положення про автоматизовану систему розподілу дисциплінарних скарг**⁴, яка визначає порядок функціонування зазначеної системи для забезпечення автоматизації процесу розподілу скарг між членами КДКП.

Перші дисциплінарні скарги зареєстровані в системі ще 18.07.17 р., а вже 2 серпня минулого року на засіданні КДКП, за результатами обговорення висновку її члена, було прийнято перше рішення про накладення на прокурора дисциплінарного стягнення.

На сьогодні секретаріатом КДКП всього зареєстровано 2 753 дисциплінарні скарги (у 2018 — 1 616; у 2017 році — 1 137)⁵. За результатами їх розгляду членами КДКП прийнято 605 рішень про відкриття дисциплінарних проваджень (у 2018 році — 265, у 2017 році — 340) та 2 050 рішень про відмову у відкритті проваджень (у 2018 році — 1 322, у 2017 році — 728). Інші дисциплінарні скарги (98) на момент підготовки цієї публікації перебувають на розгляді у членів КДКП та за ними ще не прийняті рішення про відкриття (відмову у відкритті) дисциплінарних проваджень.

КДКП накладено дисциплінарні стягнення на 175 прокурорів (у 2018 році — на 100, у 2017 році — 75) з них у виді:

- догани — 77 (у 2018 році — 46, у 2017 році — 31);
- заборони на строк до одного року на переведення до органу прокуратури вищого рівня чи на призначення на вищу посаду в органі прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду — 58 (у 2018 році — 36, у 2017 році — 22);
- звільнення з посади в органах прокуратури — 40 (у 2018 році — 18, у 2017 році — 22).

Відповідно до ч. 1 ст. 43 Закону дисциплінарна відповідальність прокурорів реалізується в порядку дисциплінарного провадження. Таке провадження згідно з ч. 1 ст. 45 становить процедуру розгляду КДКП дисциплінарної скарги, в якій містяться відомості про вчинення прокурором дисциплінарного проступку.

Дисциплінарному провадженню, як і всім процесуальним юрисдикційним формам, притаманна стадійність розвитку, певна логіка процедури — від отримання ініціативного матеріалу до прийняття КДКП рішення про накладання стягнення та його застосування уповноваженим прокурором або у певних випадках до прийняття КДКП рішення про закриття провадження.

Порядок дисциплінарного провадження детально регламентується Законом і **Положенням про порядок роботи Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів**⁶, прийнятим Всеукраїнською конференцією прокурорів 27.04.17 р.⁷

Минулого року від адвокатів надійшла 171 дисциплінарна скарга, або 15 % від загальної кількості зареєстрованих скарг (за 6 місяців 2018 року — 198, або 17,5 %). Цими скаргами ініційовані питання про притягнення до відповідальності 529 прокурорів (слідчих) прокуратури (у 2017 році — 268; за 6 місяців поточного року — 261). З них: 147 щодо прокурорів Генеральної прокуратури України, 198 — прокуратур регіонального рівня та 184 — місцевих прокуратур.

Звернемо увагу на окремі питання розгляду КДКП дисциплінарних скарг адвокатів.

1. 17 серпня 2017 року адвокат Б. подав до КДКП дисциплінарну скаргу про вчинення керівником, його першим заступником та заступником однієї з місцевих прокуратур Дніпропетровської області дисциплінарного проступку, в якій зазначив, що вона подається **в порядку Закону України «Про звернення громадян» та просив повідомити його про результати розгляду у встановлений законом строк.**

У цьому сенсі слід зазначити, що визначені Законом України «Про звернення громадян» строки розгляду звернень громадян не застосовуються під час розгляду дисциплінарних скарг, оскільки порядок здійснення дисциплінарного провадження визначений саме спеціальним Законом.

2. Відповідно до ч. 2 ст. 45 Закону право на звернення до КДКП із дисциплінарною скаргою має кожен, кому відомі факти вчинення прокурором дисциплінарного проступку. Закон та Положення не містять

³ Офіційний веб-сайт КДКП. URL: http://www.kdkp.gov.ua/ua/commission_decision.html?_m=publications&_t=rec&id=31.

⁴ Там само. URL: http://www.kdkp.gov.ua/ua/commission_decision.html?_m=publications&_t=rec&id=23.

⁵ Станом на 27 вересня 2018 року.

⁶ Далі за текстом — Положення.

⁷ Офіційний веб-сайт Генеральної прокуратури України. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/vskonpp17.html?_m=publications&_t=rec&id=207089.



будь-яких обмежень щодо кількості прокурорів, про яких може зазначатися в скарзі. **На практиці адвокати звертаються із дисциплінарними скаргами про вчинення дисциплінарного проступку одним, кількома прокурорами та взагалі без зазначення інформації про прокурора.**

20 липня 2017 року до КДКП надійшла скарга адвоката К. щодо 47 прокурорів і слідчих прокуратури м. Києва.

30 серпня та 18 вересня 2017 року від адвокатів Б. та Г. надійшли дисциплінарні скарги без інформації про прокурорів (не зазначені прізвища, ім'я та по батькові) лише із зазначенням відповідних органів прокуратури (прокуратур). Так, адвокат Б. у своїй скарзі просив притягнути до дисциплінарної відповідальності прокурора прокуратури м. Києва, а адвокат Г. прокурора однієї з місцевих прокуратур Харківської області.

Рішеннями членів КДКП від 5 та 27 вересня 2017 року відмовлено у відкритті провадження за зазначеними вище скаргами адвокатів Б. та Г. і, серед іншого, зазначено, що у скарзі не вказано П. І. Б. особи, яка, на думку скаржника, вчинила дисциплінарний проступок, а також відсутні відомості, які підтверджують наявність у цієї особи статусу прокурора.

Дисциплінарні скарги від адвокатів без зазначення інформації про конкретних прокурорів надходили і в поточному році: 7 липня 2018 року від адвоката Г. про «...» відкриття дисциплінарного провадження щодо уповноважених осіб «...» однієї з місцевих прокуратур Дніпропетровської області та 21 серпня 2018 року від адвоката Р. із зазначенням, що «...» прокурор Київської місцевої прокуратури № 10 підлягає притягненню до дисциплінарної відповідальності «...».

За результатами розгляду зазначених скарг, рішеннями членів КДКП так само відмовлено у відкритті проваджень.

У зв'язку з цим слід звернути увагу на положення ч. 1, 2 ст. 45 та ч. 2 — 4 ст. 46 Закону, згідно з якими, по-перше, дисциплінарна скарга має містити конкретні відомості (факти) про наявність ознак дисциплінарного проступку прокурора, щодо якого ініціюється питання притягнення до відповідальності; по-друге, до відкриття провадження член КДКП не має повноважень на проведення перевірки і, відповідно, й можливості встановлювати конкретних посадових осіб (прокурорів), які вчинили проступки.

На необхідність зазначення інформації про прокурора орієнтує скаржника й рекомендований зразок дисциплінарної скарги, затверджений рішенням КДКП від 7 червня 2017 року № 5зп-17 та розміщений на її офіційному веб-сайті, на виконання вимог ч. 2 ст. 45 Закону⁸.

Аналогічний висновок можна зробити і зі змісту п. 3 розділу I Положення про автоматизовану систему розподілу дисциплінарних скарг, затвердженого рішенням КДКП від 12 липня 2017 року № 18зп-17, згідно з яким дисциплінарна скарга — це звернення будь-якої особи з вимогою про притягнення прокурора (прокурорів) до дисциплінарної відповідальності у зв'язку із вчиненням ним (ними) протиправних дій, бездіяльності та (або) прийняттям протиправних рішень.

І навіть якщо таке формулювання може слугувати приводом для дискусії, водночас його зміст однозначно орієнтує на необхідність надання інформації про прокурора (прокурорів).

До речі, рекомендаційний (на сьогодні) характер зразка скарги та випадки його недотримання створюють певні труднощі як під час їх реєстрації, так і при підготовці проектів рішень про відкриття (відмову у відкритті) дисциплінарних проваджень. Вони пов'язані із неможливістю встановити інформацію про прокурора, щодо якого подано скаргу, підставу для притягнення його до дисциплінарної відповідальності, яку мав на увазі скаржник, та інші обставини, необхідні для прийняття обґрунтованого рішення членом КДКП.

Практика роботи КДКП свідчить, що для підвищення ефективності існуючих дисциплінарних процедур та їх організаційного забезпечення необхідно запровадити обов'язкову для дотримання форму дисциплінарної скарги шляхом внесення відповідних змін у друге речення ч. 2 ст. 45 Закону.

3. Непоодинокими є випадки оскарження адвокатами до КДКП рішень, дій чи бездіяльності прокурора в межах кримінального процесу.

12 червня 2018 року адвокат С. подав до КДКП дисциплінарну скаргу, у якій як доводи вчинення керівником однієї з місцевих прокуратур Тернопільської області дисциплінарного проступку зазначив про невнесення останнім відомостей про злочин до ЄРДР, а також неналежний розгляд ним клопотання про відвід слідчого.

За результатами вивчення зазначеної скарги членом КДКП відмовлено у відкритті дисциплінарного

⁸ Офіційний веб-сайт КДКП. URL: http://www.kdkp.gov.ua/ua/commission_decision.html?_m=publications&_t=rec&id=31.



провадження на підставі п. 1 ч. 1 ст. 46 Закону з урахуванням такого.

Згідно з ч. 1 ст. 45 Закону рішення, дії чи бездіяльність прокурора в межах кримінального процесу можуть бути оскаржені виключно в порядку, встановленому КПК.

Виходячи із зазначеної норми для оскарження дії (бездіяльності) прокурора в межах кримінального процесу визначена спеціальна процедура, регламентована ст. 303 — 308 КПК.

Так, п. 1 ч. 1 ст. 303, ч. 1 ст. 306 КПК передбачено, що бездіяльність прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, а також у нездійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений цим Кодексом строк, можуть бути оскаржені під час досудового розслідування до слідчого судді місцевого суду.

Якщо за результатами розгляду скарги на рішення, дії чи бездіяльність прокурора в межах кримінального процесу встановлено факти порушення прокурором прав осіб або вимог закону, таке рішення може бути підставою для дисциплінарного провадження (ч. 1 ст. 45 Закону).

Адвокатом С. у дисциплінарній скарзі не зазначено про оскарження вказаних дій (бездіяльності) прокурора відповідно до процедури, передбаченої КПК. До дисциплінарної скарги відповідні документи, зокрема ухвали слідчого судді, не були долучені.

Отже, підставою для відкриття дисциплінарного провадження щодо прокурора можуть бути факти порушення ним (у межах кримінального процесу) своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю прав осіб або вимог закону, що встановлені (мається на увазі факти) за результатами їх оскарження в межах кримінального процесу.

4. Слід звернути увагу на рішення КДКП від 30 серпня 2017 року № 71дп-17 про закриття провадження щодо прокурора прокуратури м. Києва К. за скаргою адвоката М., яка ініціювала питання про **притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності за упередженість при підготовці та внесенні клопотання до суду** про арешт майна⁹.

Так, у поданій скарзі адвокатом зазначено, що прокурор звернулася до суду з клопотанням про арешт

майна підприємства, яке було судом задоволено. У подальшому, за клопотанням адвоката, накладений арешт скасовано судом апеляційної інстанції. Однак, як зазначає адвокат, прокурор вирішила повторно звернутись із аналогічним клопотанням про арешт майна, не долучивши до нього всіх необхідних документів, що свідчить про умисне введення в оману суду шляхом надання окремих (вибірково) доказів.

У своєму рішенні КДКП зазначила, що: «<...> прокурор та адвокат при зверненні до суду, кожен зі своїм клопотанням, діяли в межах вимог процесуального законодавства <...> А саме, дотримуючись загальних засад кримінального провадження щодо змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості. <...> Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом».

Згідно зі ст. 94 КПК, на яку також у своєму рішенні посилається КДКП, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ із погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів — із погляду достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Таким чином, із зазначеного рішення КДКП вбачається, що реалізація прокурором права, у тому числі звернення до суду з клопотанням про накладення арешту на майно, само собою не є свідченням наявності в його діях ознак дисциплінарного проступку.

5. Дисциплінарні скарги після їх реєстрації та визначення за допомогою автоматизованої системи члена КДКП передаються йому для вирішення питання про відкриття дисциплінарного провадження.

Частина 3 ст. 46 Закону зобов'язує члена КДКП приймати рішення про відкриття провадження тільки після того, як ним встановлено відсутність підстав, передбачених ч. 2 ст. 46 для відмови у відкритті провадження.

Переважна більшість рішень про відмову у відкритті провадження приймається членами КДКП на підставі п. 1 ч. 2 ст. 46 Закону, тобто у зв'язку з відсутністю у скарзі конкретних відомостей

⁹ Збірник рішень Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів у дисциплінарному провадженні (за 2017 рік) / упоряд.: С. В. Подкопаєв, С. В. Гриненко. Харків: Право, 2018. С. 163-165.



про наявність ознак дисциплінарного проступку прокурора.

За 171 скаргою адвокатів, поданими ними до КДКП у 2017 році, було прийнято 146 таких рішень (за 198 скаргами, поданими до КДКП за 6 місяців 2018 року, — 180 рішень).

Прийняття членом КДКП рішення про відмову у відкритті дисциплінарного провадження не позбавляє скажника права на повторне звернення із скаргою з того самого факту щодо того ж прокурора, адже будь-яких обмежень з цього приводу Закон та Положення не містять. Зазначене підтверджується й практикою роботи самої КДКП.

Так, громадянином К. 15 січня 2018 року подано скаргу до КДКП про вчинення заступником прокурора Одеської області Д. дисциплінарного проступку. На думку скажника, прокурор Д. підлягає притягненню до дисциплінарної відповідальності за невнесення відомостей до ЄРДР про вчинення кримінального правопорушення. На підтвердження цього до скарги долучено ухвали слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси. Першою, від 3 січня 2018 року прокурора Д. зобов'язано внести відповідні відомості до ЄРДР та розпочати розслідування¹⁰; а другою (винесена на підставі заяви громадянина Д.), від 12 січня 2018 року, роз'яснено таке: «<...> визнано бездіяльність заступника прокурора Одеської області Д. у невнесенні відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, чим порушено вимоги ст. 214 КПК та невручення пам'ятки про права та обов'язки потерпілого, а отже, порушено вимоги ст. 55 КПК»¹¹.

За результатами розгляду цієї дисциплінарної скарги членом КДКП 16 січня 2018 року відмовлено у відкритті провадження. В обґрунтування прийнятого ним рішення зазначено, що: «<...> фактів порушень прокурором прав осіб або вимог закону, в яких вбачаються ознаки дисциплінарного проступку прокурора, не встановлено. Рішення суду ґрунтується на відмінній від прокурора оцінці слідчим суддею заяви Н.»

31 січня 2018 року за результатами повторного звернення громадянина Н. з аналогічною скаргою визначений автоматизованою системою інший член КДКП не встановив підстав, передбачених у ч. 2 ст. 46

Закону, для відмови у відкритті провадження і прийняв рішення про його відкриття, розпочавши згідно з ч. 4 ст. 46 проведення перевірки в межах обставин, повідомлених у дисциплінарній скарзі.

У цьому сенсі слід зазначити, що повторне звернення з дисциплінарними скаргами не можливе лише у випадках прийняття КДКП «остаточного рішення» згідно зі ст. 48 Закону, тобто фактично рішення за результатами дисциплінарного провадження.

Так, Закон (п. 5 ч. 2 ст. 46) зобов'язує члена КДКП відмовити у відкритті провадження, якщо дисциплінарний проступок, про який зазначено у дисциплінарній скарзі, вже був предметом перевірки і щодо нього КДКП прийняла рішення, яке не скасовано в установленому порядку.

Рішення члена КДКП про відмову у відкритті дисциплінарного провадження до суду не оскаржуються.

Ухвалою Верховного Суду від 09 січня 2018 року у справі № 800/559/17 відмовлено у відкритті провадження у справі за позовом до КДКП про визнання бездіяльності протиправною та стягнення моральної шкоди¹².

Верховним Судом зазначено, що оскарженню, зокрема, у судовому порядку підлягають ті рішення КДКП, які прийнято за результатами дисциплінарного провадження, і право на таке оскарження має прокурор (стосовно якого подано дисциплінарну скаргу) як суб'єкт цього дисциплінарного провадження. На думку Суду, особи за дисциплінарною скаргою яких КДКП приймає рішення у визначеному Законом і Положенням порядку, не є суб'єктами дисциплінарного провадження і за Законом не наділені правом на оскарження рішень КДКП як за результатами дисциплінарного провадження, так і стосовно вирішення питання про його відкриття.

Постановою Великої Палати Верховного Суду від 22 березня 2018 року¹³ ухвала Верховного Суду від 09 січня 2018 року залишена в силі. Крім іншого, зазначено, що: «ЄСПЛ у своїй практиці неодноразово наголошував, що право на доступ до суду, закріплене у ст. 6 Конвенції, не є абсолютним: воно може підлягати дозволеним за змістом обмеженням, зокрема щодо умов прийнятності скарг. Такі обмеження не можуть зашкоджувати самій суті права доступу до суду, мають переслідувати легітимну мету, а також має бути обґрунтована пропорційність між застосованими

¹⁰ ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71432137>.

¹¹ Там само. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71558026>.

¹² Там само. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71519605>.

¹³ Там само. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73125047>.



засобами та поставленою метою (п. 33 рішення від 21 грудня 2010 року у справі «Перетяка та Шереметьєв проти України»).

Велика Палата Верховного Суду розглядає відсутність у національному праві (для певних суб'єктів) регламентації їх права на оскарження рішень про відмову у відкритті дисциплінарних проваджень щодо прокурорів як розумне обмеження у процедурі дисциплінарної відповідальності прокурора, покликане не перевантажувати судову систему за умови, якщо чинне законодавство передбачає конкретні способи захисту прав та інтересів зацікавленої особи, а саме оскарження рішення КДКП, прийнятого за результатами дисциплінарного провадження до ВРП.

Схожа позиція засвідчена у постановках Великої Палати Верховного Суду від 03 квітня 2018 року у справах № 9901/152/18¹⁴ та № 800/149/18¹⁵.

6. За 171 скаргою адвокатів, поданими до КДКП у 2017 році, відкрито 25 дисциплінарних проваджень (14,6 % від загальної кількості поданих ними скарг). За 198 скаргами, поданими адвокатами за 6 місяців поточного року, відкрито 18 проваджень (9 %).

Однією з причин щодо невисокого рівня відкриття проваджень є подання дисциплінарних скарг без урахування положень абз. 2 ч. 1 ст. 45 Закону.

7. Строк перевірки відомостей про наявність підстав для притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності згідно з ч. 9 ст. 46 Закону не може перевищувати двох місяців із дня реєстрації дисциплінарної скарги, а в разі неможливості завершення перевірки протягом цього строку він може бути продовжений КДКП, але не більш як на місяць.

Водночас ч. 4 ст. 46 Закону містить положення, відповідно до якого *перевірка* в межах обставин, повідомлених у дисциплінарній скарзі, здійснюється членом КДКП *після відкриття* провадження. При цьому Закон не встановлює строк для прийняття рішення членом КДКП про відкриття (відмову у відкритті) дисциплінарного провадження.

За результатами перевірки член КДКП здійснює підготовку висновку, який повинен містити інформацію про наявність чи відсутність дисциплінарного проступку прокурора та виклад обставин, якими це підтверджується. Висновок та зібрані в процесі пере-

вірки матеріали передаються на розгляд КДКП. Строк для складення такого висновку (на відміну від встановленого строку проведення перевірки) Законом та Положенням не визначений, що є недоліком законодавчої регламентації дисциплінарної процедури.

8. За наслідками розгляду 25 відкритих дисциплінарних проваджень за скаргами адвокатів, поданими у 2017 році, та 18 відкритих дисциплінарних проваджень за скаргами адвокатів, поданими у I півріччі 2018 року, КДКП прийнято 8 рішень про накладення на прокурорів дисциплінарного стягнення (про притягнення їх до дисциплінарної відповідальності) та 30 рішень про закриття проваджень. Розгляд 5 дисциплінарних проваджень, відкритих у поточному році, продовжується.

Рішення КДКП, прийняті за результатами дисциплінарних проваджень, можуть бути оскаржені як прокурором, щодо якого вони ухвалені, так і особою, яка подала скаргу.

Згідно з ч. 1 ст. 50 Закону прокурор може протягом одного місяця з дня вручення йому копії рішення (чи отримання ним копії поштою) оскаржити прийняте за результатами дисциплінарного провадження рішення до адміністративного суду або до Вищої ради правосуддя¹⁶.

Водночас **особа, яка подала скаргу, згідно з ч. 10 ст. 78 Закону має право оскаржити рішення КДКП лише до ВРП, за наявності на це дозволу КДКП.** При цьому про надання такого дозволу має бути обов'язково зазначено у тексті рішення, оскільки порядок його оскарження є обов'язковим елементом рішення (ч. 6 ст. 48, ч. 8 ст. 78 Закону).

Із змісту зазначених законодавчих норм можна зробити висновок, що питання надання дозволу має розглядатися до прийняття рішення, про що у разі позитивного вирішення зазначається у його тексті. Підставою для такого розгляду може слугувати усне (під час засідання) або письмове звернення скаргника чи його представника до КДКП.

Законом та Положенням не передбачено внесення змін до вже прийнятого рішення КДКП, зокрема його обов'язкових складових, які є остаточними з метою встановлення нового права (дозволу), яке раніше надано не було.

¹⁴ Там само. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73369162>.

¹⁵ Там само. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73369190>.

¹⁶ Далі за текстом — ВРП.



За таких обставин у КДКП відсутні правові підстави задовольняти заяви про надання дозволу на оскарження рішення до ВРП після прийняття «остаточного» рішення у дисциплінарному провадженні.

У контексті зазначеного слід звернути увагу на рішення Верховного Суду від 05 липня 2018 року у справі № 9901/606/18 за позовом голови Союзу ветеранів СБУ в Харківській області Ч. до КДКП про визнання протиправною відмову у наданні дозволу на оскарження рішення КДКП про закриття дисциплінарного провадження щодо прокурора Генеральної прокуратури України Ч. до ВРП¹⁷.

Суд у рішенні вказав, що надання дозволу на оскарження рішення КДКП до ВРП після прийняття рішення за результатами дисциплінарного провадження чинним законодавством не передбачено. Крім цього, вимогами ч. 6 ст. 48, ст. 78 Закону не передбачено обов'язку КДКП обґрунтовувати своє рішення щодо надання або ненадання такого дозволу.

9. КДКП за результатами розгляду дисциплінарних проваджень за скаргами адвокатів надано 10 дозволів на оскарження рішень про закриття дисциплінарного провадження за скаргами, поданими у 2017 році (за скаргами, поданими у I півріччі поточного року, — 2 дозволи).

Так, рішенням КДКП від 01 листопада 2017 року № 241дп-17 закрито дисциплінарне провадження щодо слідчого в ОВС Генеральної прокуратури України Г.¹⁸ При цьому в рішенні констатовано, що він підлягає притягненню до дисциплінарної відповідальності у зв'язку з наявністю в його діях складу дисциплінарних проступків, а саме: вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури (п. 5 ч. 1 ст. 43 Закону) та одноразове грубе порушення правил прокурорської етики (п. 6 ч. 1 ст. 43 Закону).

Проте, враховуючи вимоги ч. 4 ст. 48 Закону, яка передбачає, що рішення про накладення на прокурора дисциплінарного стягнення може бути прийнято не пізніше ніж через рік з дня вчинення проступку, на теперішній час підстав для накладення на останнього дисциплінарного стягнення немає.

Не погоджуючись із зазначеним рішенням, адвокатом подано скаргу до ВРП. За результатами її розгляду рішенням ВРП від 15 травня 2018 року № 1393/0/15-18 рішення КДКП залишено без змін¹⁹. При цьому зазначено, що: скарга до КДКП була подана менше ніж за місяць до закінчення строку накладення стягнення. На момент розгляду скарги ВРП строк накладення на слідчого Г. дисциплінарного стягнення за правопорушення сплив, у зв'язку із чим відсутня необхідність перевірки тверджень, викладених у скарзі, та висновків КДКП щодо відсутності підстав для накладення на слідчого Г. дисциплінарного стягнення.

Рішенням КДКП від 08 листопада 2017 року № 261дп-17 закрито провадження за скаргою адвоката Т. щодо заступника прокурора однієї з областей Б.²⁰

Адвокатом Т. у дисциплінарній скарзі було зазначено, що заступник прокурора області повідомив листом начальника управління патрульної поліції про завершення досудового розслідування стосовно інспектора управління патрульної поліції за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК, та направив аудіо-, відеозаписи фактів одержання останнім неправомірної вигоди.

У подальшому зазначені аудіо-, відеозаписи, які є додатками до протоколу негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні²¹, — аудіо-, відеоконтролю особи, були оприлюднені в судовому засіданні під час розгляду адміністративної справи про поновлення прокурора на роботі, що, на думку адвоката, вказує на наявність у діях заступника прокурора області ознак дисциплінарних проступків, передбачених пп. 1, 3, 5 ч. 1 ст. 43 Закону.

У рішенні КДКП зазначено, що чинне законодавство не передбачає жодної норми, яка встановлює чітку заборону слідчому або прокурору копіювати розсекречені матеріали НС(Р)Д та використовувати їх у доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих дій, у тому числі в адміністративному, цивільному або дисциплінарному провадженні. Більше того, згідно з ч. 1 ст. 222 КПК обсяг, в якому можливе розголошення відомостей досудового розслідування, визначають саме слідчий або прокурор.

¹⁷ Там само. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75192703>.

¹⁸ Збірник рішень Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів у дисциплінарному провадженні (за 2017 рік). Там само. С. 476-478.

¹⁹ Офіційний веб-сайт ВРП. URL: <http://www.vru.gov.ua/act/14237>.

²⁰ Збірник рішень Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів у дисциплінарному провадженні (за 2017 рік). Там само. С. 247-249.

²¹ Далі за текстом — НС(Р)Д.



За скаргою адвоката Т., ВРП рішенням від 13 лютого 2018 року № 461/0/15-18 частково скасувала рішення КДКП²². При цьому ВРП погодилась із висновком КДКП, що під час дисциплінарного провадження не здобуто жодних відомостей про те, що прокурор Б. розголосив будь-яку таємницю, яка охороняється законом, оскільки результати НС(Р)Д у вигляді фрагментів аудіо-, відеозаписів були ним надіслані до управління патрульної поліції після зняття із них грифа секретності, а тому вже не містили державної таємниці.

Рішенням КДКП від 13 червня 2018 року № 249дп-18 закрито провадження щодо прокурора²³ першого відділу процесуального керівництва управління наглядової діяльності Генеральної інспекції Генеральної прокуратури України П.²⁴

В обґрунтування доводів дисциплінарної скарги адвокатом Р. було зазначено, що слідчий під час здійснення кримінального провадження, за ознаками ч. 1 ст. 365 КК, з липня 2017 року й до сьогодні неналежно розглядає клопотання представника потерпілої, не виконує ухвали слідчих суддів про зобов'язання розглянути ці клопотання згідно з вимогами ст. 220 КПК, а також вчиняє дії, спрямовані на позбавлення правового статусу потерпілого, перешкоджає потерпілій у реалізації права на оскарження незаконних рішень та допускає інші процесуальні порушення, чим вчиняє дії, які порочать звання прокурора, а отже, згідно з пп. 1, 2 та 5 ч. 1 ст. 43 Закону підлягає притягненню до дисциплінарної відповідальності.

Одночасно до скарги було долучено ухвалу слідчого судді від 23 листопада 2017 року, якою встановлено факти порушення слідчим Генеральної прокуратури України прав потерпілої, вимог КПК та у резолютивній частині зазначено про часткове задоволення скарги адвоката, скасування постанови слідчого про відмову у задоволенні клопотання представника адвоката Р., а також зобов'язання слідчого розглянути ці клопотання в порядку та в межах строків, передбачених ст. 220 КПК²⁵.

При прийнятті рішення КДКП як підстави для закриття провадження, зокрема, зазначено, що: «Дійсно, ухвалою слідчого судді Печерського районного суду

м. Києва від 23.11.2017 р. постанову слідчого прокуратури П. скасовано, а останнього зобов'язано розглянути клопотання згідно з вимогами ст. 220 КПК, однак під час перевірки не здобуто жодних доказів надходження її на адресу Генеральної прокуратури України».

За скаргою адвоката Р., ВРП рішенням від 04 вересня 2018 року № 2814/0/15-18 рішення КДКП скасувала повністю, одночасно цим рішенням прокурора Генеральної прокуратури України П. притягнуто до дисциплінарної відповідальності та накладено на нього дисциплінарне стягнення у виді догани²⁶. При цьому ВРП взяла до уваги той факт, що слідчий суддя в ухвалі від 23 листопада 2017 року констатував порушення слідчим П. вимог ст. 55, 220 КПК України, ігнорування процесуального статусу потерпілої, а отже, винесена ним постанова від 24 жовтня 2017 року суперечить зазначеним вимогам КПК та порушує процесуальні права потерпілої у вказаному кримінальному провадженні.

У рішенні ВРП зазначено, що вказана обставина залишилася без належної оцінки КДКП, яка натомість у своєму рішенні лише навела зміст резолютивної ухвали слідчого судді від 23 листопада 2017 року та зазначила, що під час перевірки не здобуто доказів надходження такої ухвали на адресу Генеральної прокуратури України.

Підсумовуючи, зазначимо, що в межах цієї публікації окреслені лише деякі питання розгляду КДКП дисциплінарних скарг адвокатів, адже практика її роботи більш багатогранна та ще потребує вивчення. При цьому зрозумілим є те, що процес становлення КДКП, як і будь-якої нової правової інституції, не позбавлений певних труднощів, об'єктивно обумовлених логікою цього процесу: недоліками правового регулювання організації та діяльності КДКП; специфікою первинного напрацювання практики роботи нового органу за основними напрямками в умовах недосконалого законодавства тощо. У будь-якому випадку успішна побудова ефективної правової інституції потребує консолідованих зусиль різних суб'єктів — науковців і практиків. Вочевидь, не має бути осторонь таких процесів й адвокатська спільнота.

²² Там само. — С. 700-705.

²³ На час подання скарги — слідчого.

²⁴ Офіційний веб-сайт КДКП. URL: http://www.kdkp.gov.ua/ua/commission_decision.html?_m=publications&_t=rec&_c=view&id=1386.

²⁵ ЄДРП. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73322515>.

²⁶ Офіційний веб-сайт ВРП. URL: <http://www.vru.gov.ua/act/15665>.



ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ СПАДКОВИХ ПРАВ ПІСЛЯ ОСІБ, ОГОЛОШЕНИХ ПОМЕРЛИМИ



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

Спадщина відкривається внаслідок смерті особи або оголошення її померлою (ч. 1 ст. 1220 Цивільного кодексу України¹).

Оголошення померлою являє собою судове визнання померлою фізичної особи, про яку за місцем постійного проживання відсутні будь-які відомості щодо місця її перебування протягом встановленого строку.

Аналіз наведеного визначення свідчить, що за відсутності достовірних даних про особу суд завжди буде виходити з певних припущень, звертаючись при цьому до непрямих доказів.

Враховуючи, що конструкція безвісної відсутно-

сті ґрунтується на припущеннях, при її застосуванні, особливо у сфері спадкування, виникають питання підтвердження або спростування цих припущень, достовірності чи недостовірності фактичних обставин і доказів, що стали підставою для оголошення особи померлою.

При цьому динамічний розвиток законодавства, проблеми військово-політичної нестабільності в окремих регіонах України, значна кількість зниклих безвісти у зв'язку з цим людей породили низку питань, пов'язаних із функціонуванням конструкції оголошення особи померлою у сфері спадкування.

ПІДСТАВИ ОГОЛОШЕННЯ ОСОБИ ПОМЕРЛОЮ (СТ. 46 ЦК)

№	Підстави оголошення особи померлою	Строк, після спливу якого можливе оголошення особи померлою
1	у місці постійного проживання фізичної особи немає відомостей про місце її перебування	протягом трьох років
2	особа пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підставу припускати її загибель від певного нещасного випадку	протягом шести місяців
3	за можливості вважати фізичну особу загиблою від певного нещасного випадку або інших обставин внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру	протягом одного місяця після завершення роботи спеціальної комісії, утвореної внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру
4	фізична особа, яка пропала безвісти у зв'язку з воєнними діями, збройним конфліктом	після спливу двох років від дня закінчення воєнних дій
5	з урахуванням конкретних обставин справи суд може оголосити фізичну особу померлою і до спливу цього строку	але не раніше спливу шести місяців

¹ Далі за текстом — ЦК.



Підстави оголошення особи померлою визначені ст. 46 ЦК, яка діє з урахуванням змін, внесених законами України від 25.06.09 р. № 1568 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку розгляду питань надання допомоги сім'ям загиблих» та від 12.07.18 р. № 2505 «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти»². При застосуванні цієї статті слід враховувати, що кожна з наведених у ній підстав є самостійною для визнання особи такою, що померла, і залежно від підстав визнання особи такою, що померла, визначається строк, протягом якого мають бути відсутні відомості про особу у місті її постійного проживання³. Дотримання наведених строків є обов'язковою умовою, у випадку якщо на момент звернення до суду визначений ст. 46 ЦК строк не сплив, суд ухвалює рішення про відмову у задоволенні заяви про оголошення особи померлою.

За сучасних умов постає питання про відповідне

визнання подій, які починаючи з лютого 2014 року мають місце у Криму, Донецькій і Луганській областях, зокрема постає питання про введення військового чи надзвичайного стану, юридичної кваліфікації подій, що відбулися, як таких, що пов'язані з воєнними діями, збройним конфліктом. Через певний час перед органами правозастосування постане питання про оголошення померлими осіб, що зникли за цих обставин. Наразі наявна певна судово-практика з цього питання.

Частково на вирішення певного кола проблем спрямований Закон України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти», який набув чинності 02.08.2018 р.

Цей Закон визначає правовий статус осіб, зниклих безвісти, та забезпечує правове регулювання відносин, пов'язаних із встановленням та обліком, розшуком і соціальним захистом таких осіб та їхніх родичів.

Законом № 2505 визначені наступні категорії осіб, які зникли безвісти:

<i>особа, зникла безвісти</i>	— фізична особа, стосовно якої немає відомостей про її місцеперебування на момент подання заявником заяви про її розшук
<i>особа, зникла безвісти у зв'язку зі збройним конфліктом</i>	— особа, яка зникла безвісти в зоні збройного конфлікту під час проходження нею військової служби або за будь-яких інших обставин, що підтверджують факт перебування особи у цій зоні
<i>особа, зникла безвісти за особливих обставин</i>	— особа, зникла безвісти за особливих обставин, — особа, зникла безвісти у зв'язку зі збройним конфліктом, воєнними діями, заворушеннями всередині держави або у зв'язку з надзвичайними ситуаціями природного чи техногенного характеру або іншими подіями, що можуть спричинити масову загибель людей

У Законі № 2505 надаються визначення таким термінам, як «збройний конфлікт», у цьому Законі вживається у значенні, наведеному в Законі України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях», Указі Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 02.09.15 р. «Про нову редакцію Воєнної доктрини України», Женевських конвенціях про захист жертв війни від 12.08.49 р. та Додаткових протоколах до них від 08.06.77 р.

Закон № 2505 передбачає створення і ведення Єдиного реєстру осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, як електронної бази даних, яка призначена для зберігання, захисту, обробки, використання і по-

ширення визначеної цим Законом інформації про осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, їх невпізнані останки, наявність чи відсутність рішення суду про визнання осіб, зниклих безвісти, безвісно відсутніми або оголошення померлими, а також інших даних, що використовуються для забезпечення обліку осіб, зниклих безвісти, з метою їх розшуку.

**ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ
ОГОЛОШЕННЯ ОСОБИ ПОМЕРЛОЮ**

Питання про оголошення особи померлою вирішується судом **за заявою зацікавленої особи в порядку окремого провадження** (ст. 305 — 309 Цивільного процесуального кодексу України⁴) за місцем проживання заявника або за останнім відомим місцем

² Далі за текстом — Закон № 2505.

³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 06.09.18 р. Справа № 494/601/16-ц. Провадження № 61-20499св18. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77068209>.

⁴ Далі за текстом — ЦПК.



проживання (перебування) фізичної особи, місце перебування якої невідоме, або за місцезнаходженням її майна. Як бачимо, підсудність цієї категорії цивільних справ визначена альтернативно.

Верховний Суд сформулював правову позицію, за якою обов'язок щодо доказування обставин, що підтверджують відсутність відомостей про місце перебування особи, яку заявники просять оголосити померлою у місці її постійного проживання протягом 3 років, покладається чинним законодавством України саме на заявників.

Відповідно відсутність інформації лише щодо місця проживання особи, які не вказують безпосередньо на наявність підстав вважати її померлою чи такою, що пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підставу припускати її загибель від певного нещасного випадку, тому суди дійшли правильного висновку про відмову у задоволенні заяви про оголошення фізичної особи померлою⁵.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ОГолошення ОСОБИ ПОМЕРЛОЮ

Головним серед наслідків є **відкриття спадщини**, оскільки внаслідок оголошення особи померлою відкривається спадщина (ч. 1 ст. 1220 ЦК, п.п. 1.7 п. 1 глави 10 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.12 р. № 296/5⁶).

Однак питання про оголошення особи померлою і спір про спадщину повинні розглядатися в різних судових провадженнях, що підтверджується досить давньою практикою ВСУ.

У січні 1994 р. П. звернулася в суд із заявою про оголошення померлою її матері А. Д. Заявниця посилалась на те, що мати перебувала в зареєстрованому шлюбі з А. В., який у 1937 р. був репресований і розстріляний. Після цього мати захворіла на психічну хворобу, і її було вміщено на лікування в Ігреньську психіатричну лікарню. У 1941 р. під час окупації фашисти розстріляли всіх психічно хворих, у тому числі матір, але факт її загибелі ніде не зареєстровано. Зазначаючи, що після арешту батька було конфісковано належну матері на праві особистої власності частину будинку і що

після реабілітації батька вона, П., має намір порушити питання про повернення цього майна, заявниця просила задовольнити її вимоги.

Рішенням Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 26.02.1990 р. А. Д., 5 березня 1908 р. народження, було оголошено померлою.

Постановою президії Дніпропетровського обласного суду від 22.03.95 р. це рішення скасовано, а справу направлено на новий розгляд із зазначенням необхідності об'єднати її в одне провадження зі справою про визнання права власності на спадкове майно й розглянути заяву в порядку позовного, а не окремого провадження.

Заступник Голови ВСУ порушив у протесті питання про виключення з мотивувальної частини постанови президії вказівки про об'єднання справ у одне провадження з таких підстав.

Згідно зі ст. 21 ЦК (ЦК УРСР 1963 р.) днем смерті громадянина, оголошеного померлим, вважається день набрання законної сили рішенням суду про оголошення його померлим. У разі оголошення померлим громадянина, який пропав безвісти за обставин, що загрожували смертю або дають підстави припускати його загибель від певного нещасного випадку, суд може визнати днем смерті цього громадянина день його гаданої загибелі. Оскільки оголошення громадянина померлим породжує ті ж правові наслідки, що й фізична смерть, зазначена норма закону встановлює правило, згідно з яким визначається день смерті особи, оголошеної померлою, а відповідно й час відкриття спадщини.

Суд визнав встановленим, що мати заявниці була розстріляна в 1941 р. в період окупації Дніпропетровської області фашистами, не з'ясувавши, чи є відомості про день гаданої загибелі А. Д.

Скасовуючи постановлене у справі рішення, президія обласного суду зазначила в постанові, що оскільки з питання витребування заявницею спадкового майна виник спір, то цю справу треба було розглядати разом з цим спором у порядку позовного, а не окремого провадження. Проте до оголошення особи померлою і набрання цим рішенням законної сили спадщина не може відкритися, а отже, не може й виникнути спір з приводу спадкового майна.

⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 19.03.18 р. Справа № 638/18251/16-ц. Провадження № 61-11856св18. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73437781>.

⁶ Далі за текстом — Порядок.



Виходячи з наведеного, судова колегія в цивільних справах ВСУ протест задовольнила, виключивши з мотивувальної частини постанови президії обласного суду міркування про необхідність об'єднати справи в одне провадження і з резолютивної частини цієї постанови — відповідну вказівку⁷.

Певні особливості має визначення часу відкриття спадщини фізичної особи, оголошеної померлою.

Оскільки днем смерті особи визнається день набрання законної сили рішенням суду, цей же день вважається часом відкриття спадщини. Однак якщо суд відповідно до ч. 3 ст. 46 ЦК визначив у рішенні іншу дату вірогідної смерті особи, то може статися так, що на момент набуття рішенням законної сили строки прийняття спадщини або відмови від її прийняття вже спливали, і спадкоємці реалізувати своїх прав не зможуть.

На нашу думку, з метою охорони інтересів спадкоємців до визначення часу відкриття спадщини після осіб, оголошених померлими в судовому порядку, слід підходити диференційовано.

Питання про коло спадкоємців, права спадкодавця на спадкове майно, склад спадщини повинні вирішуватись на момент оголошення особи померлою, який вказаний у рішенні суду.

Втім, строк прийняття спадщини, відмови від її прийняття, інші строки, пов'язані зі здійсненням спадкових прав, повинні починати перебіг з дня, коли спадкоємці отримали можливість реалізувати свої права, тобто з дня отримання свідоцтва про смерть. Саме таке рішення забезпечить права та інтереси спадкоємців. Наведений підхід доцільно закріпити на рівні роз'яснень відповідних судових інстанцій.

Рішення суду про оголошення особи померлою є підставою для державної реєстрації смерті, з видачею відповідного свідоцтва. Державна реєстрація смерті особи, оголошеної судом померлою, проводиться за рішенням суду, надісланим судом відділу державної реєстрації актів цивільного стану, після набрання ним законної сили або за заявою осіб, що були позивачами при розгляді судом справи, а також спадкоємців померлого при поданні рішення суду (п.п. «г» п. 1, п. 9 глави 5 розділу III Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18.10.2000 р. № 52/5

(у редакції наказу Мін'юсту від 24.12.10 р. № 3307/5).

Складений актовий запис про смерть включається до книги поновлених актових записів цивільного стану за поточний рік. У цих випадках датою смерті вважається день набрання рішенням суду законної сили, якщо інше не зазначено в рішенні суду.

При цьому Порядок передбачає, що факт смерті фізичної особи і час відкриття спадщини нотаріус перевіряє шляхом витребування від спадкоємця свідоцтва про смерть, виданого органом державної реєстрації актів цивільного стану.

Свідоцтво про смерть повинно бути ретельно досліджено нотаріусом. Якщо при аналізі поданого нотаріусові свідоцтва з'являться підстави вважати, що особу було оголошено померлою (відсутність даних про місце смерті, тривалий, у декілька років, розрив між датою смерті і датою видачі свідоцтва тощо), то нотаріус для забезпечення виконання вимог ст. 47 ЦК повинен вжити заходів щодо отримання копії актового запису (або повного витягу з реєстру актів цивільного стану).

Відповідно до п.п. 1.4 п. 1 гл. 10 розд. II Порядку у разі неможливості пред'явлення спадкоємцями свідоцтва про смерть спадкодавця нотаріус повинен витребувати від органу державної реєстрації актів цивільного стану копію актового запису про смерть спадкодавця або повний витяг з Державного реєстру актів цивільного стану громадян щодо актового запису про смерть. Саме ці документи дозволяють усунути сумніви про те, чи була особа оголошена померлою.

При видачі спадкоємцям особи, оголошеної померлою, свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно **нотаріус накладає на нього заборону відчуження** (ч. 2 ст. 47 ЦК).

Цей строк повинен обчислюватись не з моменту видачі такого свідоцтва, а з моменту оголошення особи померлою, оскільки на момент оформлення спадкових прав п'ятирічний строк може закінчитись, і обмежувати в такій ситуації право спадкоємців на розпорядження нерухомим майном, що одержане ними у спадщину, ще на 5 років немає достатніх підстав. Тому обчислювати п'ятирічний строк з моменту видачі свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно, як це було передбачено п.п. 5 п. 250 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Мін'юсту від 03.03.04 р.

⁷ Ухвала Судової колегії у цивільних справах Верховного Суду України від 14.02.1996 // Вісник Верховного Суду України. 1996. № 2.



№ 20/5, не зовсім правильно. Наразі ця Інструкція втратила чинність.

Однак п. 3 гл. 15 розд. II чинного Порядку також містить положення, що заборона відчуження майна накладається при видачі свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно спадкоємцям фізичної особи, оголошеної померлою (строком на 5 років). Видається, що вказане нормативне положення повинно бути удосконалене.

Слід звернути увагу, що відповідно до ст. 47 ЦК заборона відчуження накладається нотаріусом **не на все спадкове майно, а лише на нерухоме майно**. Стосовно іншого спадкового майна, зокрема вкладів у банках та інших фінансових установах, автотранспортних засобів, грошових виплат, майнових прав вимоги, такої можливості законодавство не передбачає.

НАСЛІДКИ ПОЯВИ ОСОБИ, ОГОЛОШЕНОЇ ПОМЕРЛОЮ

Оскільки в основі оголошення особи померлою лежить презумпція смерті цієї особи, **ЦК визначив підстави і наслідки її спростування** (ст. 48 ЦК). Підставами є поява самої особи або одержання відомостей про місце її перебування.

Звертаємо увагу, що одержання достовірних відомостей про смерть особи, навіть за інших обставин та в інші строки, ніж це було встановлено судом при оголошенні її померлою, не дає юридичних підстав для скасування рішення суду про оголошення особи померлою в порядку ст. 309 ЦПК України.

Серед наслідків появи фізичної особи, оголошеної померлою, слід виділити такі, що мають значення для спадкових правовідносин, зокрема: рішення суду про оголошення особи померлою скасовується, копія рішення суду надсилається відповідному органу реєстрації актів цивільного стану для анулювання актового запису про смерть (ч. 2 ст. 309 ЦПК), на підставі рішення суду актовий запис анулюється.

Нотаріусом знімається заборона відчуження нерухомого майна, накладена при видачі свідоцтва про право на спадщину (п.п. 5.1 п. 5 гл. 15 розд. II Порядку).

Особа набуває права вимагати повернення її майна, яке перейшло до інших осіб (ст. 48 ЦК). Однак скасування рішення про оголошення особи померлою

не тягне за собою автоматичного і повного повернення у початковий стан учасників усіх правовідносин та інших правовідносин, що виникли у зв'язку з оголошенням її померлою.

При цьому слід мати на увазі такі особливості застосування правил ст. 48 ЦК:

а) юридична конструкція ст. 48 ЦК передбачає лише вимогу про повернення майна, а не про визнання недійсним правочину чи застосування наслідків недійсності правочину, тому правила ст. 216 ЦК застосуванню не підлягають;

б) майно підлягає поверненню в натурі, його вартість відшкодовується лише у випадку, передбаченому ч. 3 ст. 48 ЦК;

в) обов'язок повернути грошові суми, отримані від реалізації майна, покладається лише на державу, АРК або територіальну громаду, на набувачів майна з числа інших учасників цивільних правовідносин цей обов'язок не поширюється;

г) за змістом ч. 2 ст. 48 ЦК вимога про повернення майна може бути пред'явлена незалежно від спливу строків позовної давності лише у випадках, визначених цією нормою, зокрема при безоплатному переході майна.

Слід звернути увагу на *процесуальні особливості* розгляду судом зазначеної заяви про скасування рішення про оголошення особи померлою. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 309 ЦПК у разі одержання заяви про появу фізичної особи, яку було визнано безвісно відсутньою або оголошено померлою, або відомостей про місцеперебування цієї особи суд за місцеперебуванням особи або суд, який ухвалив рішення про визнання особи безвісно відсутньою або оголосив її померлою, **призначає справу до слухання за участю цієї особи, заявника та інших заінтересованих осіб** і скасовує своє рішення про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою.

Тобто процесуальним законом передбачена участь цієї особи та заявника у справі про скасування рішення суду про оголошення особи померлою. Разом із цим, якщо особа в установленому законом порядку надала доручення на представництво її інтересів в суді, відсутні перешкоди для розгляду справи про скасування рішення суду про оголошення померлою за її відсутності⁸.

⁸ Рішення Колегії суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Хмельницької області від 09.08.17 р. Справа № 686/7922/17. Провадження № 22-ц/792/1548/17. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68202476>.



ОБҐРУНТОВАНІСТЬ ОТРИМАННЯ ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО ДОКУМЕНТІВ У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ



Анастасія Волько, старший юрист, адвокат ЮК «Profecto»

Досить часто податковий орган у рамках відкритого кримінального провадження відносно посадових осіб підприємства намагається зібрати у контрагентів такого підприємства докази здійснення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 205, 209, 212 Кримінального кодексу України.

Збір доказів за податковими злочинами зазвичай не обмежується вилученням документів у одного підприємства.

Правоохоронними органами відпрацьовується ланцюжок взаємопов'язаних суб'єктів, досліджується повнота оподаткування на різних етапах руху товару і фінансів. Такі можливості сьогодні доступні завдяки реєстру податкових накладних, а також іншим інформаційним системам фіскальної служби. В системі збирання документів слідче управління фінансових розслідувань головного управління Державної фіскальної служби¹ використовує 2 шляхи: надсилання письмових запитів про надання інформації або прискорений шлях — подання клопотання до слідчого судді про надання тимчасового доступу до речей та документів. В обох випадках податковий орган зобов'язаний належним чином обґрунтувати свій запит/клопотання з посиланням не лише на норму законодавства, а й на самі підстави.

Розглянемо перший шлях збирання документів — **надсилання запиту суб'єкту господарювання про витребування документів стосовно підтвердження взаємовідносин з контрагентом** (відносно якого відкрито кримінальне провадження). Відповідно до ч. 2 ст. 93 Кримінального процесуального кодексу

України² сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом.

Дещо іншим є *запит про надання інформації*, який надсилається контролюючим органом в порядку п. 73.3 ст. 73 Податкового кодексу України³. Письмовий запит про подання інформації надсилається платнику податків або іншим суб'єктам інформаційних відносин за наявності хоча б однієї з таких підстав: 1) за результатами аналізу податкової інформації, отриманої в установленому законом порядку, виявлено факти, які свідчать про порушення платником податків податкового, валютного законодавства, законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи; 2) для визначення

¹ Далі за текстом — податковий орган.

² Далі за текстом — КПК.

³ Далі за текстом — ПК.



відповідності умов контролюваної операції принципу «витагнутої руки» під час здійснення податкового контролю за трансфертним ціноутворенням відповідно до ст. 39 ПК та/або для визначення рівня звичайних цін у випадках, визначених цим Кодексом; 3) виявлено недостовірність даних, що містяться у податкових деклараціях, поданих платником податків; 4) щодо платника податків подано скаргу про ненадання таким платником податків: податкової накладної покупцю або про допущення продавцем товарів/послуг помилок при зазначенні обов'язкових реквізитів податкової накладної, передбачених п. 201.1 ст. 201 цього Кодексу, та/або порушення продавцем/покупцем граничних термінів реєстрації в Єдиному реєстрі податкових накладних податкової накладної та/або розрахунку коригування; акцизної накладної покупцю або про порушення порядку заповнення та/або порядку реєстрації акцизної накладної; 5) у разі проведення зустрічної звірки; 6) в інших випадках, визначених цим Кодексом.

Зверніть увагу, з наведених нижче підстав не вбачається, що платник податків зобов'язаний надавати будь-яку інформацію або копії документів у зв'язку з фактом відкриття кримінального провадження відносно його контрагента (посадових осіб контрагента). Лише встановлення порушення безпосередньо платником податків податкового або валютного законодавства є законною підставою для направлення запиту.

У разі якщо запит складено з порушенням вимог, визначених абз. 1 — 5 цього пункту, платник податків звільняється від обов'язку надавати відповідь на такий запит. За результатами такого запиту *платник податків має всі підстави надати відповідь податковому органу про відмову в наданні інформації, що є абсолютно законним.*

Є такі випадки, коли підприємство все ж таки надає копії документів, які підтверджують взаємовідносини з контрагентом (договір, видаткові накладні, акти приймання-передачі, рахунки-фактури) з метою уникнення подальших проблем з податковою. Проте *в жодному з таких запитів податкова не вказує чіткого переліку необхідних документів, а повинна, як цього вимагає абз. перший п. 73.3 ст. 73 ПК. Тому, надаючи документи податковому органу на запит, підприємство заганяє себе в глухий кут, оскільки контролюючий орган завжди може сказати, що цих документів не достатньо, і в подальшому вже звернутися до слідчого судді з відповідним клопотанням.*

Таким чином, ми прийшли до другого шляху зібрання документів, одного з найбільш поширених заходів забезпечення кримінального процесу — **тимчасового доступу до речей і документів**. За перше півріччя минулого 2017 року слідчими суддями і судами першої інстанції було задоволено 114 590 клопотань про надання тимчасового доступу до речей та документів. Це найкоротший шлях для податкового органу в отриманні будь-яких документів. І часто так буває, що навіть без попереднього направлення запиту на підприємство податковий орган йде відразу до суду.

Відповідно до ст. 160 КПК сторони кримінального провадження мають право звернутися до слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, за винятком зазначених у ст. 161 цього Кодексу. Слідчий має право звернутися із зазначеним клопотанням за погодженням з прокурором.

У клопотанні зазначаються: 1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання; 2) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 3) речі і документи, тимчасовий доступ до яких планується отримати; 4) *підстави вважати, що речі і документи перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи*; 5) значення речей і документів для встановлення обставин у кримінальному провадженні; 6) можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, та *неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів*, у випадку подання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю; 7) обґрунтування необхідності вилучення речей і оригіналів або копій документів, якщо відповідне питання порушується стороною кримінального провадження.

На практиці це відбувається наступним чином. Слідчий у рамках кримінального провадження по контрагенту намагається розіслати запити всім підприємствам, з якими працював директор контрагента. У кращому випадку отримавши неповну відповідь на запит або взагалі не отримавши відповіді, слідчий звертається до суду з клопотанням про надання тимчасового доступу. У гіршому випадку — слідчий взагалі не направляє запиту на підприємства, а одразу



звертається до суду із клопотанням надання тимчасового доступу. І в першому, і в другому випадку *вбачаються наступні порушення процесуальних дій слідчого:*

1. Клопотання про надання тимчасового доступу до речей та документів подається лише після вчинення слідчим дій зі збирання доказів іншим шляхом. Так, тимчасовий доступ до речей та документів є заходом забезпечення в кримінальному провадженні, який передбачено п. 5 ч. 2 ст. 131 КПК. Відповідно до ч. 4 ст. 132 КПК для оцінки потреб досудового розслідування *слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи*, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні. Отже, клопотання не підлягає задоволенню, якщо слідчий попередньо не подавав запит на підприємство для отримання інформації та/або документів.

2. У разі, якщо слідчий направляв все ж таки такий запит, але він був складений (оформлений) з порушенням ст. 93 КПК України або якщо в запиті не містився чіткий перелік документів, які необхідні слідчому, *клопотання про надання тимчасового доступу є також безпідставним та передчасним*. Звичайно, суд може не знати всіх обставин справи, але в подальшому ухвала про задоволення клопотання про надання тимчасового доступу може бути оскаржена саме за цих підстав.

3. Слідчий не вказав чіткого переліку документів, доступ до яких намагається отримати. У більшості випадків в клопотанні, а потім і в ухвалі, зазначено: *документи, які підтверджують взаємовідносини з контрагентом (назва контрагента), без вказівки періоду та чіткого переліку*.

Необхідно пам'ятати, що надання права слідчому вилучити документи у підприємства може призвести до таких наслідків: суттєвих матеріальних (фінансових) втрат; недовіри партнерів, контрагентів; зупинення діяльності компанії; неможливість участі в тендерах та ін.

Вимоги, яким має відповідати клопотання, прописані в ч. 2 ст. 160 КПК. Зокрема, в ньому також мають бути зазначені такі важливі моменти: підстави вважати, що речі та документи знаходяться у конкретної, зазначеної в клопотанні, фізичної або юридичної особи; значення цих речей та документів для встановлення істотних для слідства обставин; якщо речі і документи містять охоронювану законом таємницю — обґрунтування можливості їх використання як доказів

і неможливість без них встановити/довести обставини кримінального провадження; обґрунтування необхідності вилучення документів або речей.

На практиці часто трапляється, що сторона обвинувачення просить про виїмку речей або документів, але не наводить ніяких доказів такої необхідності.

Якщо слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що власник речей/документів може їх знищити або змінити — ч. 2 ст. 163 КПК дозволяє розглядати клопотання без виклику такого власника. По факту слідчі часто лише формально вказують, що ризик знищення або зміни доказів існує, і просять розглядати це питання без власника речей і документів. При цьому ніяких конкретних доказів існування такої загрози не наводять. На жаль, досить часто слідчі судді вважають такі доводи сторони обвинувачення достатніми.

Актуальності питанню додає те, що ***ухвалу слідчого судді про надання тимчасового доступу до речей та документів неможливо оскаржити***. Виняток — тимчасовий доступ у вигляді вилучення речей та документів, які засвідчують право займатися підприємницькою діяльністю. Або інших, без яких ФОП або юридична особа не зможе продовжувати свою діяльність (ухвала Апеляційного суду м. Києва від 24.09.18 р. у справі № 760/20085/18).

Проте якщо існує хоча б одне з трьох порушень процесуальних дій слідчого, ухвалу можна оскаржити в апеляційному порядку з детальним обґрунтуванням таких порушень (ухвала Апеляційного суду м. Києва від 19.09.18 р. у справі № 753/16367/18).

Окремо необхідно звернути увагу, що ***в ухвалі повинна бути зазначена конкретна особа, якій надається тимчасовий доступ***. Наприклад, якщо таким правом наділяється слідчий, то саме він може його реалізувати. В ухвалі зазначаються наступні ключові дані: *кому саме надано право тимчасового доступу; хто наділений обов'язком забезпечити такий доступ; дата, коли було винесено ухвалу (вона дійсна 1 місяць); назви речей і документів, наявність їх опису або інші відомості, які дають зрозуміти, до яких саме предметів надається доступ; безпосереднє розпорядження надати/забезпечити тимчасовий доступ або виїмку*.

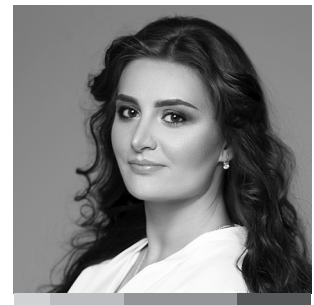
Тимчасовий доступ до речей та документів — захід, який може завдати чимало дискомфорту їх власнику. Але своєчасне звернення до адвоката позбавить компанію непотрібних проблем, забезпечить законність цієї процедури і захистить інтереси компанії.



АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД ОКРЕМИХ РІШЕНЬ, УХВАЛЕНИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ 2018 РОКУ, АБО ПОДАЛЬШІ 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'янука, помічник Першого проректора Вищої школи адвокатури, к. ю. н.

1. СТАТТЯ 6 (ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД) КЗПЛ¹ КРИМІНАЛЬНИЙ АСПЕКТ)

Рішення від 09.10.18 р. у справі «Голубятников і Жучков проти Росії», заяви № 49869/06 і 44822/06².

Фабула справи. Дмитро Голубятников і Сергій Жучков проживали у м. Тихорецьк Краснодарського краю. З січня 2005 року біля багатоквартирного житлового

будинку було виявлено С. з серйозними травмами голови, від яких вона померла на наступний день у лікарні. Міжрайонна прокуратура порушила кримінальну справу, ОРД по ньому здійснювали 3 оперативники УВС м. Тихорецька і Тихорецького району. Поліцейські встановили, що до злочину може бути причетний Б., який був затриманий і дав свідчення проти Дмитра Голубятникова.

¹ 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 можливості, необхідні для підготовки свого захисту; с) 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; д) 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.

² Golubiatnikov and Zhuchkov v. Russia. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-golubiatnikov-i-zhuchkov-proti-rosi%D1%97-pres-reliz/>.



21 січня 2005 р. оперативники затримали Голубятникова і доставили його в УВС для допиту, в ході якого той заперечував свою причетність до злочину. За його твердженням, співробітники поліції вимагали від нього зізнання, а коли він відмовився, його почали бити ногами і кийком, надаючи на голову протигаз для періодичного блокування доступу повітря. Тільки ввечері цього дня слідчий склав відносно Голубятникова протокол затримання і залучення до справи як підозрюваного.

Далі Дмитра Голубятникова доставили в ізолятор тимчасово тримання (ІТТ), де черговий викликав для нього швидку допомогу. Лікарі зафіксували сліди побоїв: множинні гематоми, садна, перелом ребер і травматичний шок. Також були зафіксовані і його скарги на побиття. Згодом затриманого доставили в Тихорецьку міську лікарню для проведення рентгенологічного обстеження, і йому діагностували перелом ребер лівої сторони тіла. Після цього Дмитра Голубятникова повернули в ІТТ.

Згідно з висновком судмедекспертизи, травми, отримані заявником, могли виникнути в результаті описаних ним обставин (від удару кулаком, ногами, гумовим кийком) і були розцінені як заподіяння шкоди здоров'ю середньої тяжкості.

Сергій Жучков також був затриманий як підозрюваний у цій справі. Вранці 26 січня 2005 р., за його словами, після затримання оперативники побили його в цілях отримання від нього явки з повинною, яку він згодом написав під їх диктовку. Як стверджував Сергій Жучков, слідчий, який оформив його затримання лише на наступний день, погрожував йому новими побиттями, якщо він відмовиться повторити свої показання в ході допиту як підозрюваний. У результаті таких погроз на допиті Сергій Жучков дав відповідні свідчення в присутності адвоката за призначенням. При цьому у своєму зізнанні він вказав, що заподіяв С. травми голови разом з Голубятниковим, а також з Б. і В.

Пізніше мати Сергія Жучкова найняла іншого адвоката для захисту сина в кримінальному процесі, після побачення з яким затриманий відмовився визнавати себе винним і давати показання проти себе.

Поки Голубятников і Жучков перебували під вартою, їх рідні і захисники неодноразово і безрезультатно зверталися в різні інстанції прокуратури зі скаргами на побиття їх поліцейськими для дачі свідчень. Слідство відмовлялося порушувати кримінальні справи

стосовно поліцейських, посилаючись на добровільну дачу показань і відсутність скарг на жорстоке поведіння з боку оперативників під час допитів заявників.

На попередньому слуханні у кримінальній справі в Тихорецькому районному суді Сергій Жучков також безрезультатно клопотав про визнання неприпустимими його визнавальних доказів, отриманих під тиском. Потім 14.07.05 р. суд заслухав свідчення чотирьох обвинувачених у справі, в яких всі вони скаржилися на застосування насильства по відношенню до них поліцейськими. Суд двічі відкладав судовий розгляд у справі з дорученням прокуратурі розібратися зі скаргами обвинувачених. Слідство у черговий раз відмовилося порушувати справу проти співробітників поліції.

5 серпня 2005 р. Тихорецький міський суд визнав Дмитра Голубятникова і Сергія Жучкова винними в заподіянні тяжкої шкоди здоров'ю С., що спричинило її смерть, і засудив їх до 12 і 9 років позбавлення волі відповідно. Апеляція і касація залишили вирок суду першої інстанції в силі. Спроби заявників оскаржити вирок суду в порядку нагляду і до Верховного Суду РФ також не увінчалися успіхом.

Сергій Жучков був випущений на свободу у 2014 р., а Дмитро Голубятников — у 2016 р.

Подання скарги до ЄСПЛ. Заявники звернулися до ЄСПЛ зі скаргами на порушення ст. 3 Конвенції у зв'язку з відсутністю належного розслідування їхніх заяв у правоохоронні органи. За словами заявників, при їх затриманні поліцейські змусили їх дати свідчення проти себе, згодом використали їх як докази у кримінальній справі. Сергій Жучков також скаржився на його незаконне утримання під вартою. Крім того, у своїх скаргах заявники вказували на порушення п. 1 ст. 6 Конвенції внаслідок несправедливого судового розгляду. Перший заявник зажадав виплату компенсації (включаючи судові витрати) в розмірі близько 286 тис. євро, а другий — майже 250 тис. євро.

У своїх запереченнях уряд РФ вказував на недоведеність фактів жорстокого поведіння із заявниками в порушення ст. 3 Конвенції. На думку російської сторони, травми першого заявника могли виникнути в результаті бійки з кимось до його затримання, тоді як у другого заявника відсутні травми і він добровільно написав явку з повинною. Російський уряд визнав доведеною провину засуджених і вказав на надмірність



грошових вимог за відсутності їх зв'язку з кримінальним переслідуванням.

Висновки. ЄСПЛ вказав, що при оцінці доказів у частині порушення ст. 3 Конвенції застосовується стандарт доказу «поза розумних сумнівів», у рамках якого Суд припустив, що спірні травми першого заявника виникли в результаті насильства з боку співробітників поліції. При цьому ЄСПЛ зазначив неодноразове відхилення правоохоронними органами скарг Дмитра Голубятникова на цей рахунок.

Як пояснив ЄСПЛ, у контексті російської правової системи недостатньо простого проведення попереднього розслідування заяв про передбачуване жорстоке поводження в поліції. У зазначених випадках влада зобов'язана порушувати кримінальні справи і проводити по ним детальне розслідування, здійснюючи весь комплекс слідчих дій.

Також Суд відхилив за недоведеністю аргумент уряду РФ про те, що травми Дмитра Голубятникова були отримані ним під час бійки до його затримання, вказавши на відсутність медобстеження відразу після його затримання.

Відносно другого заявника ЄСПЛ встановив, що оперативники незаконно утримували його в ІТТ, де в умовах загрози особистої безпеки він написав явку з повинною. Як зазначив ЄСПЛ, відразу ж після отримання допомоги захисника за угодою Сергій Жучков відмовився від своїх попередніх свідчень і став подавати численні скарги на застосування насильства по відношенню до нього. В силу зазначених обставин Суд оцінив свідчення другого заявника як такі, що заслуговують на довіру. При цьому ЄСПЛ також указав на те, що всупереч неодноразовому поданню скарг на застосування насильства щодо нього, медичний огляд так і не було проведено.

ЄСПЛ констатував відсутність ефективного розслідування фактів передбачуваного заподіяння насильства по відношенню до заявників співробітниками поліції і дійшов висновку про те, що мало місце порушення ст. 3 Конвенції і в її процесуальній частині.

Крім того, Суд встановив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, зазначивши, що отримані в порушення ст. 3 Конвенції показання (незалежно від їх доказової цінності і вирішального значення для обвинувачення) автоматично роблять несправедливим все кримінальне переслідування. ЄСПЛ вказав, що міський суд спирався тільки на документи слідства, а вищі суди не виправи-

ли допущених нижчестоящими інстанціями помилок щодо ретельної оцінки спірних доказів і обставин. Також був зроблений висновок про те, що відносно другого заявника було порушено п. 1 ст. 5 Конвенції.

ЄСПЛ зазначив, що найбільш прийнятним заходом для захисту прав заявників буде перегляд кримінальної справи, і присудив кожному заявнику по 25 тис. євро як компенсацію моральної шкоди.

Рішення у справі від 11.10.2018 р. «Парол проти Польщі», № 65379/13³.

Заявник, Альберт Парол, є громадянином Польщі, який народився в 1978 році і зараз перебуває у в'язниці м. Варшава.

Справа стосувалася застосування національними судами процесуальних положень національного законодавства про подання апеляцій.

У липні 2011 року Парол подав позов до Варшавсько-Празького обласного суду («Регіональний суд») проти чотирьох в'язниць, вимагаючи компенсацію за умови тримання під вартою. У червні 2012 року Регіональний суд відхилив позов, оскільки він був погашений давністю. У листопаді 2012 року заявник подав апеляцію проти цього рішення. У листі від 20.11.12 р. Регіональний суд рекомендував пану Парол виправити деякі недоліки форми у його апеляції. Суд вимагав подати копію апеляції та виписку з документа, яка виправляє дефекти форми. Для того, щоб виконати рекомендації, заявник звернувся до Регіонального суду з проханням надіслати йому копію його апеляції за його рахунок. Але жодних дій у зв'язку із цим вжито не було.

У грудні 2012 року пан Парол подав написану вручну копію його апеляції до Регіонального суду разом з іншими необхідними документами. Наприкінці грудня 2012 року Регіональний суд оголосив апеляцію заявника неприйнятною на підставі того, що копія поданої апеляції не відповідала оригіналу. У липні 2013 року Апеляційний суд м. Варшава («Апеляційний суд») відхилив апеляцію заявника на рішення від грудня 2012 року зазначивши, що апеляції повинні бути подані у двох примірниках для того, щоб їх можливо було вручити відповідачеві. У жовтні 2013 року Апеляційний суд оголосив апеляцію заявника на рішення від липня 2013 року неприйнятною на підставі того, що рішення, про яке йде мова, було неможливо оскаржувати.

Посилаючись на ст. 6 §1 (право на доступ до суду) заявник скаржився на порушення його права на доступ

³ Parol v. Poland. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-parol-proti-polshhi-pres-reлиз/>.



до суду у зв'язку з відхиленням його апеляції на рішення Регіонального суду від червня 2012 року як неприйнятну після того, що він вважав надмірно обмежувальним застосуванням національними судами відповідних процесуальних положень.

Порушення статті 6§1 Конвенції.

Справедлива сатисфакція: 3250 євро відшкодування моральної шкоди.

Рішення від 04.09.18 р. у справі «Шеноєв проти Росії», заява № 65783/09⁴.

Заявник у цій справі вказував на порушення його права на справедливий судовий розгляд тим, що розгляд його кримінальної справи проходив у закритому режимі.

Антон Шеноєв звинувачувався в незаконному зберіганні вогнепальної зброї, двох озброєних грабежах відділень пошти, вбивстві трьох інкасаторів пошти і в замаху на вбивство четвертого. Двічі він був визнаний винним. Обидва рази обвинувальні вироки скасовував Верховний Суд.

Під час третього судового розгляду у справі за участю присяжних засідателів районний суд задовольнив клопотання представника Пошти Росії про проведення засідання в закритому режимі в зв'язку з необхідністю досліджувати ряд документів Пошти, які відносяться до комерційної таємниці і захищаються законом. Суд задовольнив клопотання, відхиливши заперечення Шеноєва, в яких той посилався на п. 1 ст. 6 Конвенції. У результаті весь наступний судовий розгляд був закритим. Шеноєв був визнаний винним і засуджений до довічного ув'язнення. У подальшому ВС РФ у відкритому судовому розгляді скасував вирок у частині і вказав, що проведення засідання в закритому режимі було законним.

Шеноєв звернувся в ЄСПЛ. У скарзі він вказав на порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що справа була розглянута в закритому судовому засіданні. Він просив присудження 10 тис. євро як компенсацію моральної шкоди, а також 5 євро за судові витрати і 40 євро за поштові витрати.

У запереченні на скаргу уряд РФ стверджував, що рішення першої інстанції про закриті засідання не вплинуло на справедливість розгляду в цілому і що воно

було виправданим, враховуючи, що оприлюднення документів могло поставити під загрозу функціонування поштової служби. Крім того, російська сторона зазначила, що до задоволення клопотання проводилося кілька публічних слухань, в ході яких були обрані члени присяжних, оголошено обвинувачення на адресу заявника, заслухані представник потерпілих і сам потерпілий. Уряд також вказував, що заявник міг попросити суд першої інстанції закрити лише ті слухання, в яких були вивчені конфіденційні документи, але не зробив цього.

У своєму рішенні ЄСПЛ підкреслив, що готовий визнати необхідність проведення судового засідання в закритому режимі, проте зазначив, що суди повинні обмежувати доступ до розгляду кримінальної справи тільки в тій мірі, в якій це необхідно для збереження інтересів держави. Суд вказав, що всупереч доводам російської влади головуючий суддя повинен був і без прохань підсудного відновити відкритий розгляд справи після того, як необхідність в проведенні закритого засідання відпала.

ЄСПЛ зазначив, що в цьому випадку права Шеноєва можуть бути відновлені тільки в разі повторного судового розгляду, і відмовив йому у відшкодуванні моральної шкоди. Що стосується відшкодування судових витрат і поштових витрат, то Суд вказав, що заявник надав докази оплати тільки останніх, і відшкодував йому 40 євро.

2. СТАТТЯ 8 (ПРАВО НА ПОВАГУ ДО ПРИВАТНОГО І СІМЕЙНОГО ЖИТТЯ)⁵ КОНВЕНЦІЇ

Повага до приватного життя / Позитивні зобов'язання.

Відмова судів присудити відшкодування судових витрат та компенсацію за наклепницькі заяви, які були оголошені недійсними: відсутність порушення.

Рішення від 17.07.18 р. у справі «Егілл Айнарссон проти Ісландії» (№ 2), заява № 31221/15⁶.

Факти. Заявник, відома особа в Ісландії, був звинувачений двома жінками в зґвалтуванні і сексуаль-

⁴ Shenoyev v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186382>.

⁵ Стаття 8 КЗПЛ. 1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. 2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

⁶ Egill Einarsson v. Iceland (No. 2). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184672>.



ному нападі. Незабаром після відхилення справ він дав інтерв'ю (дивіться Егілл Айнарссон проти Ісландії, 24703/15, 07.11.17 р., Інформаційний бюлетень № 212). Після його публікації була створена сторінка в Facebook для протесту у зв'язку з цим і третя сторона (Х) зробила наступні заяви на сторінці: «Це також не є напад на особу за неправильні висловлювання, але за згвалтування дівчини-підлітка <...> Є дозволеною критика того факту, що гвалтівники з'являються на обкладинці публікацій, які розповсюджуються по всьому місту <...>». Ці заяви були видалені через 7 днів за запитом адвоката заявника.

Заявник згодом відкрив провадження про наклеп проти Х. Національні суди, виявивши, що заяви наклепницькі, визнали їх недейсними. Проте було визнано, що заявник отримав «повну судову сатисфакцію» і йому не було присуджене відшкодування моральної шкоди. Крім того, суди відхилили вимогу того, щоб Х поніс витрати за публікацію висновків у рішенні в газеті, а також постановили, що кожна сторона повинна нести власні судові витрати.

Право. Стаття 8. Питання, яке має бути вирішене у цій справі, полягало у тому, чи було достатнім визнання оскаржених заяв недейсними або чи лише присудження відшкодування моральної шкоди та судові витрати могли забезпечити необхідний захист права заявника на повагу до його приватного життя відповідно до ст. 8.

Рішення не присуджувати компенсацію не складало порушення ст. 8. Проте було необхідно перевірити, чи національні суди проаналізували особливі обставини справи, в тому числі характер і тяжкість порушення, а також поведінку заявника.

Дійшовши цього висновку, національні суди взяли до уваги попередню поведінку заявника, громадську репутацію, яку він зробив для себе, зміст матеріалу, який вийшов від нього, який часто є неоднозначним і провокативним та його можливо тлумачити як підбурювання до сексуального насильства, розповсюдження коментарів на сторінці Facebook серед сотень або тисяч інших коментарів, а також врахували той факт, що ці заяви були видалені Х відразу за запитом заявника. На цій підставі неможливо постановити, що наданий судами Ісландії захист заявникові, виявлення того, що він потерпів від наклепу, та оголошення

заяв недейсними не були ефективними або достатніми з урахуванням позитивних зобов'язань держави, або те, що рішення про відмову надати йому компенсацію позбавило заявника його права на репутацію і, таким чином, скасувало його право відповідно до ст. 8.

Стосовно судових витрат національні суди не прийняли всі вимоги заявника і постановили, що кожна сторона повинна нести свої судові витрати в світлі результату справи і фактів взагалі. Тому питання судових витрат не було розглянуте у такий спосіб, який вважався необґрунтованим або непропорційним.

Тому національні органи влади не порушили свої позитивні зобов'язання перед заявником, і йому був наданий достатній захист згідно зі ст. 8.

Висновок: відсутність порушення (одноголосно).

Рішення від 06.09.18 р. у справі «Янсен проти Норвегії», заява № 2822/16⁷.

Заявник, пані Б. Янсен, є громадянкою Норвегії, яка народилася в 1992 році і мешкає в м. Осло. Справа стосувалася її скарги на позбавлення доступу до її доньки, яку взяла під опіку прийомна сім'я.

Дочка пані Янсен, А., народилася у 2011 році. Вона і дитина жили протягом короткого періоду з батьками, які є норвезькими циганами, до того часу, доки їх не вигнав її батько. Протягом декількох місяців вона оселялась та виїжджала з центру соціальної допомоги сім'ям.

У червні 2012 року Служба захисту дітей видала наказ про розміщення А. в сімейному притулку з таємною адресою. Пані Янсен отримала одну годину наглядового контакту на тиждень на підставі ризику викрадення дитини. У грудні був виданий наказ про повну опіку, згідно з яким пані Янсен та батькові дитини був дозволений наглядовий контакт протягом однієї години чотири рази на рік.

Жоден з батьків не мав права знати місцезнаходження А.

Після оскарження рішення про контакт між пані Янсен та батьком А. суд першої інстанції вирішив, що в інтересах дитини було те, щоб вони не мали взагалі прав на контакт. Це рішення було підтвержене по апеляції, проте Верховний Суд передав справу у жовтні 2014 року.

Другий набір проваджень щодо прав на контакт викликав підтримання апеляційним судом рішення

⁷ Jansen v. Norway. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-yansen-proti-norvegi%D1%97-pres-reliz/>.



про обмеження всіх контактів у квітні 2015 року та липні 2015 року і пані Янсен було відмовлено у наданні права на подання апеляції до Верховного Суду.

Головною причиною обмежень контактів судами була небезпека викрадення А. сім'єю пані Янсен, що було б шкідливим для дитини, а також можливість виявлення таємної адреси прийомної сім'ї. Вони також оцінили навички виховання дітей у пані Янсен та її здатність витримати її агресивного та владного батька. Вони взяли до уваги циганські корені сім'ї, не виявивши, що це була перешкода для обмеження контакту.

Посилаючись на статтю 8 (право на повагу до приватного та сімейного життя), пані Янсен скаржилась на відмову судів надавати їй законні права на контакт з А.

Порушення статті 8

Справедлива сатисфакція: 25000 євро (моральна шкода).

Рішення від 27.09.18 р. у справі «Брацци проти Італії», заява № 57278/11⁸.

Законодавство Італії щодо обшуків не забезпечило достатні гарантії від можливого зловживання повноваженнями або свавілля.

У рішенні у цій справі ЄСПЛ одноголосно встановив порушення ст. 8 Конвенції. Справа стосувалася обшуку, проведеного податковими органами Італії у будинку, яким володів пан Брацци з 2009 року та в якому мешкали його дружина та діти протягом навчального року.

Зокрема, Суд встановив, що втручання у право пана Брацци на повагу до його житла не «відповідало закону» у значенні ст. 8 §2 Конвенції тому, що він не користувався ефективним наглядом, якого вимагає верховенство права в демократичному суспільстві. Жоден суддя не розглядав законність або необхідність ордеру на обшук його будинку ні до, ні після обшуку. Отже, законодавство Італії не надавало достатніх попередніх або наступних гарантій від ризику зловживання повноваженнями або свавілля.

Основні факти. Заявник, Марко Брацци, є громадянином Італії та Німеччини, який народився у 1965 році і мешкає в м. Мюнхен (Німеччина). Він внесений до реєстру громадян Італії, які мешкають за кордоном. Він володів будинком в Італії з 2009 року, а його дружина та діти мешкали там протягом навчального року.

У липні 2010 року пана Брацци перевіряли податкові органи Італії, оскільки його підозрювали в тому,

що він був резидентом у податкових цілях в Італії та не сплачував податок на прибуток або ПДВ з 2003 року. 6 липня 2010 року в контексті адміністративного провадження прокурор м. Мантуя надав дозвіл податковій поліції увійти в будинок пана Брацци в Італії для того, щоб зібрати докази. 13.07.10 р. податкові інспектори прийшли до приміщення, але пан Брацци був відсутній. Згодом, того ж дня, державна прокуратура м. Мантуя відкрила розслідування і видала ордер на обшук його будинку і транспортних засобів для пошуку та вилучення бухгалтерських документів та будь-якого іншого документа, який міг довести, що він скоїв злочин ухилення від сплати податків. Обшук відбувся 06.08.10 р.. Внаслідок обшуку не було вилучено жодного документа.

7 жовтня 2010 року провадження було припинене, оскільки пан Брацци уточнив свою податкову ситуацію підтвердивши, зокрема, що він постійно мешкав у Німеччині. Тим часом він подав апеляцію до Касаційного суду зі скаргою на незаконність обшуку, але його апеляція була оголошена неприйнятною.

Скарги, процедура і склад Суду. Посилаючись на ст. 8, пан Брацци скаржився на порушення його права на повагу до його житла. Відповідно до ст. 6 (право на справедливий судовий розгляд) та ст. 13 (право на ефективний засіб судового захисту) він також стверджував, що не мав доступних ефективних засобів судового захисту у зв'язку зі скаргами відповідно до ст. 8.

Заява була подана до ЄСПЛ 05.09.11 р. Рішення було прийняте палатою.

Суд дійшов висновку, що обшук, про який іде мова, складав втручання державних органів влади в право пана Брацци на приватне життя. Відповідно до прецедентного права Суду втручання у права відповідно до ст. 8 повинне мати достатньо доступну та передбачувану національну правову основу, сумісну з принципом верховенства права. У цій справі оскаржений обшук був заснований на статті 247 та ін. Кримінально-процесуального кодексу, який не викликав жодного питання доступності та передбачуваності.

Щодо сумісності цих положень з верховенством права, Суд встановив, що обшук, про який іде мова, був призначений державною прокуратурою того ж дня, коли було відкрито кримінальне розслідування проти пана Брацци після спроби податкових органів зроби-

⁸ Brazzi v. Italy. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/cprava-bracci-proti-itali%D1%97-pres-reliz/>.



ти запит, яка відбулася раніше того ж дня в контексті адміністративної податкової перевірки. Таким чином, обшук був проведений на особливо ранньому етапі кримінального провадження. Раніше Суд визнавав, що обшук, проведений на такому етапі, повинен був бути оточений відповідними та достатніми гарантіями для забезпечення того, що слідчі органи не використували його для отримання компрометуючої інформації про осіб, які ще не були визнані підозрюваними у вчиненні правопорушення (Модесту проти Греції, № 51693/13, § 44, 16.03.17 р.). У цій справі законодавство не передбачало жодного попереднього контролю за обшуками, призначеними під час попереднього розслідування. Також не існувало положення для того, щоб прокуратура як наглядовий орган слідства могла вимагати дозвіл судді або навіть інформувати останнього про своє рішення про призначення обшуку. Отже, відсутність будь-якого попереднього судового нагляду може бути врівноважена наступним судовим переглядом після акта щодо законності та необхідності заходу. Іншими словами, відповідна особа повинна мати можливість отримати ефективну перевірку судом, по суті та за законом, заходу, про який іде мова, та його виконання. Таким чином, якщо операція, яка була визнана незаконною, вже відбулася, доступний засіб або засоби судового захисту повинні бути здатними надати особі відповідне відшкодування. У зв'язку з цим Суд раніше визнавав, за певних обставин, що перегляд кримінальними судами заходу, який порушує ст. 8, буде забезпечувати відповідне відшкодування, якщо суд буде проводити ефективний перегляд законності і необхідності оскарженого заходу і, якщо це є відповідним, виключатиме будь-які отримані докази з кримінального провадження. Проте цього не відбулося в цій справі, оскільки наслідком обшуку не став збір будь-яких доказів для обвинувачення та провадження було припинене суддею, який проводить попереднє розслідування. Крім того, цей суддя також не розглядав законність або необхідність ордеру на обшук, але лише задовольнив запит державної прокуратури про закриття справи. Також заявник не міг отримати перегляд заходу тому, що особливий засіб судового захисту відповідно до ст. 257 КПК може бути передбаченим лише в тому випадку, коли наслідком обшуку стало вилучення майна.

З цього випливало, що жоден суддя не перевіряв законність або необхідність ордеру державної прокуратури на обшук будинку пана Брацци. Отже, оскільки не було проведено такої перевірки, або, якщо це є відповідним, виявлення незаконності, зацікавлена особа не змогла отримати відповідне відшкодування за передбачувану шкоду.

Тому оскільки не було жодного попереднього судового нагляду або будь-якого ефективного *ex postfacto* перегляду оскарженого слідчого заходу, законодавство Італії не забезпечило достатні гарантії від ризику зловживання повноваженнями органами влади, які проводять кримінальне розслідування. Відповідно Суд виявив, що навіть якщо б цей захід мав правову основу в національному законодавстві, національне законодавство не забезпечило пану Брацци необхідні гарантії від зловживання повноваженнями або свавілля до або після обшуку. Як наслідок, він не отримав користі від «ефективного нагляду», якого вимагає верховенство права в демократичному суспільстві. Отже, втручання у право пана Брацци на повагу до його житла не було «відповідним до закону» у значенні ст. 8 § 2 Конвенції.

Таким чином, *ст. 8 Конвенції була порушена*.

Стаття 41 (справедлива сатисфакція): Пан Брацци не подавав жодної вимоги щодо справедливої сатисфакції. Таким чином, Суд вважав у зв'язку з цим, що не було необхідно присуджувати йому будь-яку суму.

Рішення від 26.7.18 р. у справі «Фрьоліх проти Німеччини», заява № 16112/15⁹.

Повага до приватного життя

Відмова судів надавати права на контакт або наказати законним батькам надавати інформацію про особисті обставини дитини потенційному біологічному батьку: відсутність порушення

Факти. Заявник почав стосунки з Х., одруженою жінкою, яка продовжувала мешкати зі своїм чоловіком, з яким у неї було шестеро дітей. На початку 2006 року Х. завагітніла і повідомила про це заявникові. У жовтні 2006 року вона народила дівчинку. Незабаром після цього стосунки з заявником закінчилися. Х. та її чоловік, законний батько дівчини, відмовилися від наступних ініціатив заявника щодо контакту з дитиною. Вони заперечували, що заявник був біологічним

⁹ Fröhlich v. Germany. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185320>.



батьком, але відмовилися надати згоду на тест для встановлення батьківства. Заявник відкрив різні провадження щодо встановлення законного батьківства, проведення тесту на встановлення біологічного батьківства та отримання спільної опіки. Національні суди відхилили всі його запити.

Право. Стаття 8 Конвенції.

(а) Скарга на відмову в праві на контакт. Відмова апеляційного суду надати права на контакт заявникові складала втручання у право заявника на приватне життя. Рішення мало законну основу в національному законодавстві та було спрямоване на захист прав та свобод дитини. Під час визначення того, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві», заявник не міг претендувати на права на контакт відповідно до цивільного законодавства Німеччини, чинного в той час, тому що він не був законним батьком дитини і не ніс фактичну відповідальність за дитину. Стосовно можливості засновувати права на контакт на передбачуваному біологічному батьківстві заявника, з урахуванням рішення Суду в справі Анайо і Шнайдер, Апеляційний суд постановив, що визначення біологічного батьківства заявника проти волі юридичних батьків суперечило б добробуту дитини. Проте Суд залишив це питання відкритим, оскільки контакт із заявником у будь-якому випадку поставив під загрозу добробут дитини через глибокий конфлікт між законними батьками та заявником, а також ризик, пов'язаний із тим фактом, що заявник не припиняв розповідати дитині, що він був її біологічним батьком. Таким чином, апеляційний суд надав відповідні підстави для обґрунтування свого рішення.

Стосовно процесу прийняття рішень, по-перше, заявник брав безпосередню участь в провадженні особисто і отримував поради адвоката. По-друге, апеляційний суд заслухав не лише заявника, а й дитину та законних батьків дитини. Крім того, під час прийняття рішення про відмову в наданні контакту апеляційний суд взяв до уваги всю ситуацію в сім'ї і покладався на велику письмову заяву захисника дитини *ad litem*, досвідченого психолога. Таким чином, не існувало вказівок на те, що судді апеляційного суду засновували свої висновки на стандартизованих доказах на користь соціальних сімей. Крім того, в той час як апеляційний суд дійсно відхилив запит заявника про встановлення його батьківства, також суд дійсно міг утриматися від наказу про проведення тесту на батьківство у випадках, коли не були дотримані наступні

умови для контактів. Тому процедурний підхід апеляційного суду був обґрунтованим і він надав достатнє обґрунтування свого рішення про відмову в наданні заявникові прав на контакт, а також забезпечив заявникові необхідний захист його інтересів.

Висновок: неприйнятна (явно необґрунтована).

(б) Скарга щодо відмови надати інформацію про дитину. Рішення апеляційного суду про відмову заявникові в інформації про дитину з урахуванням особливих обставин справи втручалось в його право на повагу до його приватного життя. Рішення було засноване на відповідному положенні Цивільного кодексу та спрямоване на досягнення найкращих інтересів дитини та прав законних батьків. Стосовно того, чи втручання «було необхідним у демократичному суспільстві» на момент прийняття рішення апеляційним судом, сімейне право Німеччини не передбачало можливості судового розгляду питання стосовно того, чи будь-які стосунки, за допомогою контакту між — передбачуваним — біологічним батьком та його дитиною або за допомогою надання інформації про дитину, були б у найкращих інтересах дитини, якщо б інший чоловік був законним батьком дитини, а біологічний батько все ще не ніс відповідальність за дитину. Проте апеляційний суд не засновував свою відмову в праві на інформацію на відсутності правової бази в національному законодавстві, але тому, що він виявив, що роз'яснення питання батьківства як попереднього питання суперечило б добробуту дитини, якій не було відомо про вимоги заявника. Якщо б біологічне батьківство заявника було встановлене, неможливо виключати, що це могло б знищити справжню сім'ю дитини, оскільки чоловік матері міг втратити довіру до дружини.

Апеляційний суд вважав більш вірогідним, що заявник був біологічним батьком дитини, ніж чоловіком матері, і незважаючи на те, що останній міг би мати сумніви щодо біологічного батьківства, він міг жити з такою невизначеністю і його ставлення не мало негативних наслідків для дитини. Апеляційний суд був переконаний, що якщо б біологічне батьківство заявника було встановлене проти волі подружжя, існував ризик того, що їх шлюб розіб'ється і, таким чином, буде загрожувати добробуту дитини, яка втратить свою сім'ю та її стосунки. Такий висновок був досягнутий після ретельного аналізу інтеграції дитини в сім'ю, в якій вона відчувала себе захищеною і в безпеці, ролі чоловіка матері як батька та з урахуванням труднощів і кризи подружжя



в минулому, які були пов'язані з заявником. Усвідомлюючи важливість, яку може мати питання батьківства для майбутнього дитини, апеляційний суд постановив, що до того часу в найкращих інтересах шістнадцятирічної дитини не було зіткнення з питанням батьківства.

Стосовно процесу прийняття рішень апеляційний суд спеціально вирішив заслухати усно дитину всупереч думці захисника дитини *ad litem*. Крім того, навіть якщо останній у своїй письмовій заяві звертався лише до питання сумісності прав на контакт із добробутом дитини, апеляційний суд міг отримати відповідну загальну інформацію щодо родини, в якій виросла дитина. Тому рішення було прийняте в найкращих інтересах дитини. Дійсно, апеляційний суд спеціально не розглядав право на інформацію. Зокрема, він не надав жодного значення питанню стосовно того, чи зобов'язання забезпечити заявника інформацією про дитину матиме суттєвий вплив на право подружжя на повагу до їх сімейного життя. Проте за особливих обставин справи Суд визнав обґрунтування апеляційного суду, засноване на негативних наслідках для дитини, які матиме визначення батьківства, що було необхідною попередньою умовою надання прав на інформацію.

Як підсумок, апеляційний суд надав достатні підстави для його відмови видати наказ законним батькам дитини надавати заявникові інформацію про дитину і забезпечив заявника належним захистом його інтересів.

*Висновок: відсутність порушення (одноголосно)*¹⁰.

3. СТАТТЯ 10 (СВОБОДА ВИРАЖЕННЯ ПОГЛЯДІВ) КОНВЕНЦІЇ¹¹

Рішення від 17.07.18 р. у справі «Марія Альохіна та інші проти Росії», заява № 38004/12¹².

Засудження і призначення терміну ув'язнення за виконання політичної пісні в соборі та заборона відтворення відеозапису онлайн: порушення

Факти. Три заявниці є членами російської феміністської панк-групи Pussy Riot. Група проводила імпровізовані виступи, виконуючи свої пісні, які містили тексти з критикою політичного процесу в Росії. Група виступала з використанням маскуваності, її члени носили яскраві балаклави та сукні у різних громадських місцях, обраних для посилення передачі їх повідомлення.

21 лютого 2012 р. п'ять членів групи, в тому числі три заявниці, намагалися виконати Молитву панків — Богородиця, Путіна прожени від вівтаря Храму Христа Спасителя. Богослужіння не відбулося незважаючи на те, що у Соборі було декілька осіб. Група запросила журналістів та засоби масової інформації на виступ для того, щоб домогтися публічності. Ця спроба була невдалою, оскільки охоронці собору швидко змусили групу піти, а виступ тривав трохи більше хвилини. Відео про виступ було завантажено на YouTube.

Згодом, заявників взяли під варту, визнані винними в хуліганстві, заснованому на релігійній ненависті і засуджені до двох років ув'язнення. Крім того, окружний суд ухвалив, що відео виступу групи на <<http://pussyriot.livejournal.com>> було екстремістським у визначенні Закону про придушення екстремізму і наказав обмежити доступ до цього матеріалу фільтром за IP-адресою веб-сайту.

Право. Стаття 10 Конвенції.

(а) Переслідування в судовому порядку за виступ 21.02.12 р. «Виступ» заявників складав поєднання поведінки і вербальних виразів та складав форму хуліганського і політичного вираження поглядів, яка охоплюється ст. 10. Наступні кримінальні провадження, наслідком яких стало тюремне ув'язнення, склали втручання в їх право на свободу вираження поглядів. Втручання переслідувало законну мету захисту прав інших осіб. Питання стосовно того, чи було воно «передбачене законом», залишилося відкритим. Стосовно

¹⁰ Див. також рішення у справах «Анайо проти Німеччини» від 21.12.10 р. (заява № 20578/0), а також «Шнайдер проти Німеччини» від 15.09.11 р. (заява № 17080/07).

¹¹ Стаття КЗПЛ 10. 1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств. 2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду.»

¹² Mariya Alekhina and Others v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184666>.



необхідності втручання, заявники бажали звернути увагу своїх співгромадян та Російської православної церкви на їх несхвалення політичної ситуації в Росії та позицію патріарха Кирила і деяких інших духовних осіб щодо вуличних протестів у ряді російських міст, які були викликані нещодавніми парламентськими виборами і президентськими виборами, які наближалися. Акції заявників зверталися до тем, які викликають інтерес суспільства та сприяли дискусії з політичної ситуації в Росії і здійснення парламентських і президентських повноважень.

Виступ заявників можливо вважати порушенням прийнятих правил поведінки в місцях релігійного богослужіння. Тому призначення певних санкцій в принципі може бути обґрунтованим вимогами захисту прав інших осіб. Проте заявникам було пред'явлене обвинувачення у кримінальному злочині та вони були засуджені до одного року та одинадцяти місяців ув'язнення. Перший і другий заявники відбули близько одного року і дев'яти місяців цього терміну до амністії, в той час як третій заявник відбув близько семи місяців до того, як виконання її вироку було призупинене. Дії заявників не порушили жодних релігійних богослужінь та не викликали жодних ушкоджень в осіб всередині собору або завдали будь-якої шкоди власності церкви. За цих обставин покарання, накладене на заявників, було дуже суворим стосовно розглянутих дій.

Було важливим те, що суди не розглядали лірику пісні «Молитва панків — Богородиця, Путіна прожени», виконану заявниками, але засновували засудження переважно на особливій поведінці заявників. Заявники були визнані винними в хуліганстві, мотивованому релігійною ненавистю, у зв'язку з одягом і балаклавами, які вони одягли, рухами їх тіла і сильними висловами. Оскільки така поведінка відбулася в соборі, її можливо визнати образливою для ряду осіб, які були прихожанами церкви. Проте Суд не зміг розрізнити жодного елементу в аналізі національних судів, який би дозволив описати поведінку заявників як підбурювання до релігійної ненависті. Зокрема, національні суди вказали, що стиль одягу та поведінка заявників не поважали канони Православної Церкви, що могло вважатися неприйнятним для певних осіб, але не був проведений аналіз контексту їх виступу. Національні суди не перевірили, чи можливо було тлумачити дії заявників як заклик до насильства або обґрунтування насильства, ненависті або нетерпимості. Також суди

не перевірили, чи дії, які розглядаються, могли викликати шкідливі наслідки.

Дії заявників не містили жодних елементів насильства, а також не розпалювали або виправдовували насильство, ненависть або нетерпимість до віруючих. Незважаючи на те, що реакція на дії заявників могла бути виправдана вимогами захисту прав інших осіб у зв'язку з порушенням правил поведінки в релігійних установах, національні суди не надали «відповідні та достатні» підстави для обґрунтування засудження в кримінальному порядку і вироку до тюремного ув'язнення, винесеного щодо заявників, а також санкції не були пропорційними законній меті. З огляду на вищезазначене і з урахуванням виняткової серйозності застосованих санкцій, втручання, про яке йде мова, не було необхідним у демократичному суспільстві.

Висновок: порушення (шість голосів проти одного).

(b) Заборона доступу до відеозапису виступу заявників онлайн. Оголошення відеозапису виступу заявників в Інтернеті «екстремістським» і заборона доступу до нього складала «втручання» в права заявників на свободу вираження поглядів, а Закон про придушення екстремізму складав законну основу втручання, яке розглядається. Втручання переслідувало законну мету захисту моралі та прав інших осіб. Суд вирішив залишити відкритим питання стосовно того, чи було втручання «передбачене законом». Під час оцінювання того, чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві, по-перше, з рішення окружного суду було очевидним, що основні юридичні висновки щодо екстремістського характеру відеоматеріалу були зроблені лінгвістичними експертами, а не цим судом. Звіт експерта не був оцінений, а висновки лінгвістичних експертів були лише схвалені. Суд визнав цю ситуацію неприйнятною і наголосив, що всі юридичні питання повинні вирішуватися виключно судами. По-друге, районний суд не намагався провести власний аналіз відповідних відеоматеріалів. Суд не вказав, які певні елементи відео були проблематичними, або навів відповідні частини звіту експерта, коротко посилаючись лише на загальні висновки. Фактична відсутність мотивування позбавила Суд можливості зрозуміти обґрунтування втручання. Суд не був задоволений тим, що окружний суд застосував стандарти, які відповідали принципам, викладеним у ст. 10, або засновувався на прийнятному оцінюванні відповідних фактів. Таким



чином, вони не надали «відповідні та достатні» підстави для втручання, про яке йде мова.

Крім того, заявники не мали можливості взяти участь у провадженні, оскільки національне законодавство не передбачало участь зацікавлених сторін у провадженні відповідно до Закону про придушення екстремізму. На думку Суду, в такому провадженні національний суд не зможе забезпечити «відповідні та достатні» підстави для втручання в права, гарантовані ст. 10 без будь-якої форми судового перегляду, заснованому на зважуванні доказів, наданих державним органом влади проти зацікавленої сторони. Отже, оскаржене провадження не може вважатися сумісним зі ст. 10. Оголошення відеоматеріалів заявників, доступних в Інтернеті, екстремістськими і заборона доступу до них не задовольняла «нагальну суспільну потребу» та була непропорційною залученій законній меті.

Висновок: порушення (одноголосно).

Суд також установив порушення ст. 3 стосовно умов перевезення заявників на судовий розгляд і з судового розгляду, а також стосовно умов у залі суду (заявників утримували в скляному боксі для підсудних); порушення ст. 5 § 3 стосовно продовження тримання заявників під вартою; і порушення ст. 6 §§ 1 і 3 (с) у зв'язку з домовленостями в залі суду, які обмежували права заявників ефективно брати участь в судовому провадженні і отримати практичну і ефективну юридичну допомогу.

Стаття 41 Конвенції: 16000 євро кожному — першому і другому заявникові для відшкодування моральної шкоди та 5000 євро третьому заявникові для відшкодування моральної шкоди.

Рішення від 16.10.18 р. у справі «Шкіцький і Водорацька проти Росії», заяви № 27863/12 та № 66513/12¹³.

16 жовтня поточного року ЄСПЛ ухвалив рішення по справі, яким визнав, що стосовно заявників — колишніх адвокатів адвокатської палати (далі — АП) Іркутської області Олексія Шкіцького і Вероніки Водорацької (нині перебувають у інших адвокатських палатах) була порушена ст. 10 Конвенції.

Фабула справи. Як випливає зі скарги Вероніки Водорацької, у січні 2010 р. вона була обрана першим віце-президентом АП Іркутської області, у той же час

Олексій Шкіцький обіймав посаду віце-президента. У листопаді того ж року закінчилися повноваження президента АП — тоді цю посаду обіймав Георгій Середа — у зв'язку з чим були проведені вибори. За їх результатами голоси членів ради палати розділилися порівну: 5 за Георгія Середу і 5 — за Вероніку Водорацьку. У зв'язку з тим, що президента палати так і не було обрано, перший віце-президент запропонувала переобрати усю раду палати на черговій конференції адвокатів області, при цьому вона призначила себе в. о. президента палати відповідно до регламенту ради АП.

У той же час Георгій Середа, як зазначено в скарзі, незаконно проголосив себе президентом АП Іркутської області. Після цього в Арбітражний суд Іркутської області надійшов позов від кількох членів ради АП до палати і Вероніці Водорацькій, в якому вони оскаржили її призначення як в. о. президента (справа № А19-2499/2011). При цьому позивачі просили про призначення забезпечувальних заходів, зокрема про заборону Вероніці Водорацькій до вступу остаточного судового акта у цій справі в законну силу здійснювати функції президента АПІО. Ці вимоги були задоволені.

Сам позов був задоволений у травні 2011 р., проте арбітражний суд округу 1 грудня 2011 р., розглянувши касаційну скаргу заявниці, скасував рішення нижчих інстанцій і направив справу на новий розгляд. У результаті воно було припинено в січні 2012 р. у зв'язку з відмовою позивачів від позову.

Як випливає з рішення ЄСПЛ, у лютому, березні і квітні 2011 року заявники і кілька інших членів Ради АП Іркутської області подали скарги голові Арбітражного суду Іркутської області, в ВАС РФ і ВКС. У них вказувалося на можливі корупційні зв'язки між президентом АПІО і заступником голови обласної АС, дочка якої працювала в палаті. Саме наявністю таких зв'язків пояснювалися розгляд арбітражним судом непідвідомчого, на думку Вероніки Водорацької, позову до неї і застосування забезпечувальних заходів щодо неї. Крім того, в липні того ж року ці скарги були розміщені на сайті Президента Росії.

Як зазначено в рішенні ЄСПЛ, 18 липня перший заступник АС Іркутської області відмовив у розгляді скарг, пославшись на те, що наведені в них доводи

¹³ Case of Shkitskiy and Vodoratskaya v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186766>.



нічим не підтверджувалися. А 27 липня він перенаправив скаргу Георгію Середі, після чого стосовно заявників були порушені дисциплінарні провадження, які завершилися притягненням їх до відповідальності у вигляді припинення статусу адвоката.

Підставою для застосування найсуворішої міри дисциплінарного стягнення, згідно з рішенням ЄСПЛ, слугувало те, що рада АП вважала, що звернення заявників до ВККС, ВАС РФ і до голови АС Іркутської області не було коректною або допустимою поведінкою у відповідь на дії суддів. Також зазначено, що скарги містили неправдиві твердження, що завдають шкоди репутації суддів, а також адвоката; крім того, вказувалося, що Олексій Шкіцький проявив неповагу до них.

Рішення ради було оскаржене в судовому порядку, однак суди першої та апеляційної інстанцій залишили його в силі, після чого послідувала скарга до ЄСПЛ.

Розгляд справи в ЄСПЛ. Зокрема, у своїй скарзі Вероніка Водорацька стверджувала, що при розгляді її справи щодо оскарження рішення про припинення статусу суди не застосували або застосували неправильно чинні закони, чим порушили вимоги п. 1 ст. 6 Конвенції. Також вона зазначила, що, визнавши обґрунтованість припинення статусу за зверненням зі скаргою на незаконні дії суддів арбітражного суду, суди тим самим вказали на відсутність у неї права на свободу вираження поглядів, чим порушили п. 1 ст. 10 Конвенції.

У скарзі вказувалося і на порушення ст. 14 Конвенції, яке виразилося, на думку заявниці, в тому, що суди визнали, що адвокати, в силу свого статусу, не мають права звертатися зі скаргами на незаконні дії суддів, а судді мають особливі права на захист і повинні бути огорожені від скарг, які подаються громадянами на вчинені ними незаконні дії.

Крім цього, Вероніка Водорацька вказувала на порушення ст. 46 Конвенції тим, що суди при розгляді справи не взяли до уваги її посилання на позицію ЄСПЛ, виражену у справі «Кабанов проти Росії», згідно з якою адвокат має право негативно висловлюватися про діяльність суду і суддів.

Проте скарги обох заявників Європейський Суд розглядав тільки з позиції порушення положень ст. 10 Конвенції.

Російська сторона звертала увагу на те, що процедура накладення дисциплінарного стягнення була проведена відповідно до закону: суди ретельно про-

аналізували усі аргументи і підтвердили, що поведінка заявників була несумісною зі статусом адвоката. Скарги, подані Водорацькою і Шкіцьким, містили різкі і нестримані вислови, принижували авторитет адвокатури; форма і зміст скарги були некоректними по відношенню до суддів Арбітражного суду Іркутської області. Твердження, що заступник голови арбітражного суду і Георгій Середя мали позапрофесійні відносини, були безпідставними, голосливими і також продемонстрували неповагу до судової влади. «Втручання в права заявників переслідувало законну мету збереження авторитету і неупередженості судових органів», — вказувала російська влада.

Крім того, уряд заявив, що втручання було пропорційним законній меті. У заявників була власна мета в тому, щоб просунути свого прибічника на посаду президента АП Іркутської області, і в зв'язку з цим вони намагалися чинити тиск на судову систему і керівництво палати.

На думку влади, санкція, накладена на заявників, не повинна вважатися надмірно суворою: «Висунувши помилкові звинувачення проти суддів арбітражного суду, заявники продемонстрували явну неповагу до судової влади. Відповідно припинення їх статусу було пропорційним їх поведінці». Крім того, зазначалося, що Водорацька і Шкіцький надалі знову отримали адвокатський статус в палатах інших регіонів і продовжили займатися професійною діяльністю.

У відповідь на це Вероніка Водорацька заперечила, що скарги були подані в установленому законом порядку і в уповноважені органи і містили прохання перевірити викладені в них факти. Також вона зазначила, що дисциплінарне провадження щодо неї не було неупередженим і, на її думку, єдиною його метою була помста за її звернення зі скаргами.

Також Суд послався на рішення по справі «Кабанов проти Росії», за яким Ігор Кабанов був позбавлений статусу адвоката через образливе зауваження на адресу представників судової влади. Тоді ЄСПЛ встановив порушення ст. 10, зазначивши, що такий захід, як припинення статусу, є непропорційним.

Розглянувши матеріали справи, ЄСПЛ зробив висновок, що припинення адвокатського статусу заявників не може не розглядатися як надмірно суворе покарання. Суд зазначив, що не переконаний аргументом уряду про його пропорційність поведінці Олексія Шкіцького і Вероніки Водорацької, враховуючи, що на



них могли бути накладені й інші види дисциплінарного стягнення. «Ні адвокатська палата, ні суди не оцінили адекватність такого заходу і не представили будь-яку причину, яка виправдовувала б таке рішення», — зазначено в рішенні.

Таким чином, Суд дійшов висновку про те, що національні органи влади не змогли забезпечити правильний баланс між необхідністю захисту авторитету судової влади і необхідністю захисту прав заявників на свободу вираження, тим самим **була порушена ст. 10 Конвенції**. Коли Олексій Шкіцький висував вимогу про компенсацію, Суд не став присуджувати йому будь-яку суму. Вероніка Водорацька просила призначити компенсацію, і Суд задовольнив її вимогу, *присудивши їй 7500 євро як компенсацію моральної шкоди*.

4. СТАТТЯ 1 (ЗАХИСТ ВЛАСНОСТІ) ПРОТОКОЛУ № 1¹⁴

Рішення від 16.10.18 р. у справі «Фокс проти Росії», заява № 5582/12¹⁵.

16 жовтня ЄСПЛ прийняв рішення по цій справі, в якому визнав порушення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, і призначив виплатити заявникові компенсацію в розмірі 150 тис. євро.

Як зазначено в постанові, в травні 2009 року заявник — громадянин Ізраїлю Давид Фокс за договором купівлі-продажу придбав однокімнатну квартиру у Москві у М., яка володіла нею на підставі свідоцтва про право на спадщину за законом. Договір і право власності заявника були зареєстровані в Єдиному державному реєстрі прав на нерухоме майно та угод з ним.

Проте 1 грудня того ж року Департамент житлової політики і житлового фонду м. Москви звернувся до суду з позовом про визнання свідоцтва про право на спадщину та договору купівлі-продажу недійсними, а також витребування житлового приміщення з чужого незаконного володіння та передачі у власність міста. Як виявилось, квартира була продана за підробленими документами: правоохоронними органами було встановлено, що свідоцтво про право на спадщину на ім'я М. отримано невідомими особами на підставі

фіктивного свідоцтва про народження та паспорта, пред'явлених нотаріусу. За фактом шахрайства було порушено кримінальну справу, винні у вчиненні злочину досі не встановлені.

Вимоги Департаменту ґрунтувалися на тому, що оскільки спадкоємців у померлої власниці квартири не було, остання ставала відумерлим майном і повинна була перейти у власність м. Москви. Рішенням суду від 27.12.10 р. свідоцтво про право на спадщину було визнано незаконним, а договір купівлі-продажу квартири — недійсним.

Не погодившись з рішенням суду, Давид Фокс подав скаргу, яка залишилася без задоволення, і рішення вступило в законну силу. Згодом квартира була продана в розстрочку за схемою соціальної допомоги.

13.01.12 р. заявник звернувся до ЄСПЛ. У скарзі він вказав, що при розгляді його справи національними судами було порушено ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Також він зазначив, що є добросовісним набувачем квартири.

Заявник послався на ст. 302 ЦК РФ, згідно з якою якщо майно за плату придбане у особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати, то власник має право витребувати це майно від набувача у випадку, якщо воно загублене власником або особою, якій майно було передано у володіння, або було викрадено у них, або вибуло з їх володіння іншим шляхом поза волею. «Однак квартира не перебувала у володінні м. Москви і, відповідно, не могла вибути з нього, — зазначено в скарзі. — Департамент житлової політики і житлового фонду м. Москви не був власником цього майна і не мав права подавати позов».

Заявник також підкреслив, що закон про порядок спадкування і обліку відумерлого майна, а також про порядок передачі його у власність суб'єктів РФ або муніципальних утворень не прийнятий, незважаючи на необхідність це зробити, затверджену ще у 2001 р. «Таким чином, квартира відібрана у мене без будь-яких правових підстав», — повідомляється в скарзі.

Заявлений Давидом Фоксом розмір компенсації матеріальної шкоди склав 218,7 тис. євро (вартість

¹⁴ Стаття 10 Протоколу №1. Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

¹⁵ Foks v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186765>.



квартири за даними виписки з реєстру на дату подання позову) плюс близько 139 тис. євро як відсотки, а також 30 тис. євро як компенсація моральної шкоди.

Уряд РФ визнав претензії заявника надмірними та необґрунтованими. На його думку, Давид Фокс втратив своє майно в результаті незаконних дій нотаріуса, і держава не може нести відповідальність за це. Після смерті власниці квартири повинна була перейти у власність м. Москви, заявник придбав її недобросовісно, з метою перепродажу, а передача права власності місту дозволила надати житло людям з низькими доходами. Підтримавши рішення національних судів, уряд зазначив, що вони забезпечили справедливий баланс між суспільними потребами та приватними інтересами заявника, для якого вилучена квартира не була єдиним житлом, оскільки він постійно проживав в Ізраїлі і тимчасово — в Москві. Крім того, як зазначив уряд, заявником були вичерпані відповідні внутрішні засоби правового захисту.

ЄСПЛ звернув увагу, що вже відхиляв подібний аргумент уряду РФ про те, що держава не може нести відповідальність за втрату заявником майна (зокрема, в справі № 4919/16 «Титова та інші проти Росії»). Суд вказав, що скарга спрямована проти Департаменту м. Москви, дії якого призвели до анулювання права власності заявника і передачі квартири у власність міста. Той факт, що Департамент раніше втратив свої майнові права в результаті дій третіх осіб, включаючи нотаріуса, не має відношення до статусу держави-відповідача.

При цьому Суд зазначив, що держава, видавши заявникові свідоцтво про реєстрацію права власності, тим самим визнала його законним власником. ЄСПЛ додав, що заперечення уряду не зачіпають питання про те, чому влада міста після смерті власниці квартири не вжила заходів для визначення статусу цього нерухомого майна, а допустила його перепродаж. Крім того, Суду не були представлені пояснення обставин виявлення шахрайства. Аргумент про те, що заявник діяв недобросовісно, купуючи квартиру, був також відхилений як невстановлений.

У зв'язку з цим ЄСПЛ визнав, що Давид Фокс не приймав на себе ризик відкриття права власності на придбану ним квартиру у зв'язку з зазначеними недоліками з боку влади в процедурах, спеціально призначених для запобігання шахрайству при здійсненні операцій з нерухомістю. У постанові підкреслюється, що наслідки помилок, допущених держорганом, має нести держава (див. Рішення у справі № 15711/13 «Столярова проти Росії»). Суд дійшов висновку, що конфіскація у заявника права власності на квартиру відповідно до зазначених обставин за відсутності будь-якої компенсації є непропорційним і надмірним тягарем для нього.

Також ЄСПЛ звернув увагу на чіткий зв'язок у цій справі між виявленим порушенням і шкодою, завданою заявнику. Беручи до уваги ціну, яку той сплатив при купівлі квартири, а також наслідки інфляції, ЄСПЛ присудив йому 144,977 тис. євро як компенсацію матеріальної шкоди та 5 тис. євро за моральну шкоду.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо виплати страхових виплат за відсутності в особи довідки про взяття на облік ВПО

Велика Палата Верховного Суду на засіданні 20.09.18 р. у справі № 243/3505/16-ц, провадження № 14-271цс18, розглянула в порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу відділення Фонду у Калінінському районі м. Горлівки Донецької області на рішення Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 14 червня 2016 року у складі судді Хаустової Т. А. та ухвалу Апеляційного суду Донецької області від 11 серпня 2016 року у складі колегії суддів Новосолової Г. Г., Кішкіної І. В., Мальованого Ю. М. у цивільній справі за позовом ОСОБА_3 до відділення Фонду у Калінінському районі м. Горлівки Донецької області про стягнення невиключеної одноразової допомоги та щомісячних страхових виплат.

Велика Палата Верховного Суду погодилася з висновками судів попередніх інстанцій, які зазначили, що ненадання позивачем, який не є внутрішньо переміщеною особою, довідки про взяття його на облік як особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України або району проведення АТО, не є підставою для невиключеної допомоги та щомісячних страхових виплат.

Суди встановили, що з позивачем під час виконання трудових обов'язків стався нещасний випадок. У зв'язку з втратою професійної працездатності відповідач — відділення виконавчої дирекції Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві і професійних захворювань України у Калінінському районі м. Горлівки Донецької області — призначив позивачу щомісячні страхові виплати втраченого заробітку. Постанова про припинення позивачу страхових виплат не видавалася. Проте страхові виплати не здійснювалися, оскільки на території Донецької області, у тому числі м. Горлівки, розпочалося проведення АТО, що призвело до відсутності фінансування відділення Фонду у Калінінському районі й території Донецької області. Виплати потерпілому також не здійснювалися через ненадання довідки про взяття його на облік як особи, яка переміщена з тимчасово окупованих територій.

У ст. 2 Закону України від 18.01.18 р. № 2268 «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» передбачено, що за фізичними особами незалежно від перебування їх на обліку як внутрішньо переміщених осіб чи від набуття ними спеціального правового статусу та за юридичними особами зберігається право власності, інші речові права на майно, у тому числі на нерухоме майно, включаючи земельні ділянки, що знаходиться на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях, якщо таке майно набуто відповідно до законів України.

Підтверджуючи майнові права фізичних осіб незалежно від перебування їх на обліку як внутрішньо переміщених осіб чи від набуття ними спеціального статусу, закон не передбачає жодних обмежень інших прав таких осіб, які вони можуть реалізувати на території України.

Цілями державної політики відповідно до Закону № 2268 є захист прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, а основними напрямками захисту прав і свобод цивільного населення на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях — захист основоположних політичних і громадянських прав і свобод людини; сприяння забезпеченню відновлення порушених матеріальних прав; сприяння забезпеченню соціально-економічних, екологічних та культурних потреб.

Україна не відступала від зобов'язань, визначених ст. 1 та 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 1 Першого протоколу до неї, що передбачають поважати права людини, заборону дискримінації та захист власності.

Суди правильно вважали, що не є підставою для відмови у задоволенні позову посилання представника відповідача на відсутність бюджетного фінансування, адже реалізація особою права, яке пов'язане з отриманням бюджетних коштів і ґрунтується на спеціальних та чинних на час виникнення спірних



правовідносин нормативно-правових актах національного законодавства, не може бути поставлена у залежність від бюджетних асигнувань.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76812061>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо суб'єкта злочину, пов'язаного з порушенням вимог пожежної безпеки

Колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду на засіданні 17.05.18 р. у справі № 657/692/15-к, провадження № 51-3781км18, розглянула у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу потерпілих ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8 на ухвалу Апеляційного суду Тернопільської області від 07.09.16 р. у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за №, за обвинуваченням ОСОБА_9, громадянина України, уродженця м. Рівного, який проживає за адресою: АДРЕСА_1, раніше не судимого, у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 129, ч. 2 ст. 270, ч. 2 ст. 412 Кримінального кодексу України¹.

ККС ВС зробив такий висновок.

Під час вирішення питання щодо кваліфікації дій за ст. 270 КК (порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки) суди повинні зважати на те, що суб'єктом зазначеного злочину є будь-яка фізична особа, яка досягла 16-річного віку.

Відповідно до вироку місцевого суду сержант був засуджений за ч. 1 ст. 129 КК (погроза вбивством) та за ч. 2 ст. 412 КК (необережне знищення або пошкодження військового майна). Так, військовослужбовець, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, погрожував одному солдату вбивством. Після цього сержант спричинив пожежу в наметі свого підрозділу, полум'я від якої поширилось на чотири сусідні намети. Внаслідок цього шестеро військовослужбовців загинули, одинадцятьоро — отримали тілесні ушкодження різних ступенів тяжкості. Також під час пожежі була знищена зброя, бойові припаси та інше військове майно.

За ч. 2 ст. 270 КК військовослужбовець був виправданий.

Апеляційний суд залишив судові рішення місцевого суду без змін. У свою чергу, потерпілі подали касаційну скаргу, стверджуючи, зокрема, про те, що виправдання засудженого за ч. 2 ст. 270 КК є неправильним.

Суд першої інстанції виходив з того, що суб'єктом зазначеного злочину є особа, на яку покладаються обов'язки щодо дотримання відповідних правил. У зв'язку з тим, що на засудженого такі обов'язки покладені не були, суд прийняв рішення про відсутність у діях останнього складу зазначеного правопорушення.

Однак колегія суддів ККС ВС не погодилася з таким висновком місцевого суду з огляду на таке.

Під час розгляду цього кримінального провадження було встановлено, що військовослужбовець, залишивши в наметі поряд з опалювальною піччю пластмасову ємність із 20 літрами легкозаймистої речовини, хлюпнув у топковий отвір пічки цю речовину, що зумовило її різке займання та потрапляння на зазначену пластмасову ємність і її спалаху, а надалі — до пожежі в усьому наметі.

У ст. 187 Закону України від 24.03.99 р. № 548 «Про статут внутрішньої служби Збройних Сил України» зазначається: пожежна безпека в Збройних Силах України забезпечується здійсненням комплексу організаційних і технічних заходів, спрямованих на запобігання виникненню пожежі та системою пожежного захисту. Усі військовослужбовці повинні знати й виконувати вимоги пожежної безпеки і вміти користуватися засобами пожежогасіння. Їм забороняється користуватися несправними печами, застосовувати для розпалення вогню запалювальні рідини, залишати матеріали, що можуть горіти, й майно поблизу печей та самі печі без нагляду.

¹ Далі за текстом — КК.



Крім того, відповідно до положень Кодексу цивільного захисту України громадяни зобов'язані виконувати правила пожежної безпеки.

Апеляційний суд залишив поза увагою неправильне застосування місцевим судом закону України про кримінальну відповідальність і на доводи апелянтів

не надав відповідей, які б ґрунтувалися на положеннях чинного законодавства у сфері дотримання правил пожежної безпеки.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74188541>.

ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо застосування примусових заходів виховного характеру виключно до неповнолітньої особи

Колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду на засіданні 12.04.18 р. у справі № 198/8/17, провадження № 51-609км17, розглянула у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу захисника на ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 10.04.17 р. у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань про застосування примусових заходів виховного характеру щодо ОСОБА_2, уродженця м. Мелітополя Запорізької області, жителя АДРЕСА_1, громадянина України, раніше не судимого, у зв'язку із вчиненням суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК.

Колегія суддів Другої судової палати ККС ВС, яка розглянула касаційну скаргу захисника громадянина на ухвалу апеляційного суду зробила висновок, що *примусові заходи виховного характеру застосовуються не лише за умови, що особа вчинила суспільно небезпечне діяння після того, як їй виповнилося 11 років, і до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, а і якщо під час постановлення ухвали про застосування таких заходів особа ще була неповнолітньою.*

Місцевий суд відмовив у застосуванні примусових заходів виховного характеру щодо хлопця, котрий вчинив суспільно небезпечне діяння, яке підпадає під ознаки кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК (порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами) у зв'язку з тим, що на час прийняття судового рішення він уже став повнолітнім.

Так, коли хлопцеві було 15 років, він як водій автомобіля (хоча й не мав права на керування транспорт-

ним засобом) спричинив дорожньо-транспортну пригоду. На той час особа не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність.

Апеляційний суд частково скасував ухвалу місцевого суду, застосувавши до нього примусові заходи виховного характеру у виді застереження.

У касаційній скарзі захисник зазначив, зокрема, про те, що на час розгляду клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру хлопцеві вже виповнилося 18 років, що виключає можливість застосування до нього таких заходів.

На думку ВС, апеляційний суд залишив поза увагою те, що застереження як примусовий захід виховного характеру полягає у роз'ясненні судом неповнолітньому наслідків його дій: шкоди, завданої охоронюваним законом правам особи (осіб), інтересам суспільства або держави, та в оголошенні осуду за ці дії, а також — у попередженні про більш суворі правові наслідки, які можуть настати в разі продовження протиправної поведінки чи вчинення нового злочину.

Аналіз норм законодавства свідчить: *примусові заходи виховного характеру можуть бути застосовані виключно до неповнолітнього.* Всупереч цьому, суд апеляційної інстанції застосував такі заходи до хлопця, який на момент розгляду відповідного клопотання вже досяг повноліття. Тому, як зазначила колегія суддів ККС ВС, апеляційний суд неправильно застосував закон України про кримінальну відповідальність та допустив істотне порушення вимог кримінального процесуального закону.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73438119>.



ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

Верховного Суду щодо правил розгляду апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді

Колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду на засіданні 19.09.18 р. у справі № 344/15549/17, провадження № 51-1423км18, розглянула у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу ОСОБА_1 на ухвалу Апеляційного суду Івано-Франківської області від 27.12.17 р. про повернення його апеляційної скарги на ухвали слідчих суддів Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 21.11.17 р. та 23.11.17 р.

ККС ВС вказав, що *під час прийняття апеляційної скарги на ухвали слідчих суддів апеляційний суд застосував положення ст. 399 Кримінального процесуального кодексу України², що, на думку Верховного Суду, є неправильним. Адже в такому випадку необхідно керуватися спеціальною нормою — ст. 422 цього Кодексу.*

Так, один слідчий суддя місцевого суду заявив про самовідвід у розгляді скарги особи на бездіяльність прокурора місцевої прокуратури, а другий — на підставі п. 3 ч. 2 ст. 304 КПК повернув цю скаргу заявникові у зв'язку з пропуском строку, передбаченого ч. 1 зазначеної статті.

Не погоджуючись із такими рішеннями, чоловік подав апеляційну скаргу, яку суддя-доповідач апеляційного суду спочатку залишив без руху з наданням строку для усунення недоліків, а потім повернув її, оскільки заявник не усунув недоліків.

ВС зазначив, що у ст. 392 КПК наведений перелік судових рішень, що можуть бути оскаржені в апеляційному порядку, серед яких — і ухвали слідчого судді. Порядок перевірки останніх в апеляційному порядку визначений у ст. 422 цього Кодексу: отримавши апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді, суддя-доповідач

невідкладно витребує із суду першої інстанції відповідні матеріали, не пізніше ніж за день повідомляє особу, яка її подала, прокурора та інших заінтересованих осіб про час, дату і місце апеляційного розгляду. Апеляційна скарга на таку ухвалу розглядається не пізніше як через три дні після її надходження до суду апеляційної інстанції.

Отже, зробила висновок колегія суддів ККС ВС, ця та інші норми КПК не передбачають можливості залишати без руху апеляційні скарги на ухвали слідчих суддів. На це вказують і обмежені строки їх розгляду. Однак суддя-доповідач апеляційного суду не врахував цього і необґрунтовано на підставі ст. 396, ч. 1 ст. 399 КПК залишив без руху апеляційну скаргу заявника, надавши строк для усунення недоліків протягом 15 днів (хоча постановлення такого рішення не передбачено на стадії перевірки ухвали слідчого судді), а пізніше повернув цю скаргу через неусунення недоліків (тобто з підстав, які не передбачені кримінальним процесуальним законом).

Таким чином, на думку ВС, апеляційний суд неправильно застосував положення ст. 399 КПК (залишення апеляційної скарги без руху), оскільки така норма може бути застосована до апеляційних скарг, поданих на судові рішення, передбачені ч. 1 та 2 ст. 392 цього Кодексу, а щодо оскарження судових рішень, передбачених ч. 3 ст. 392 КПК (ухвали слідчого судді), застосуванню підлягає спеціальна норма — ст. 422 зазначеного Кодексу.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76673308>.

² Далі за текстом — КПК.



МІСЬКА АДВОКАТУРА ГАЛИЧИНИ ТА ЗАХІДНОГО ПОДІЛЛЯ XIV — XVIII СТ.

Ірина Василик, керівник Центру досліджень адвокатури і права,
проректор Вищої школи адвокатури при НААУ

Орест Заяць, старший науковий співробітник Інституту археографії, учасник Проекту
«Історія адвокатури України» Центру досліджень адвокатури і права при НААУ

Ця стаття показує ще один недосліджений напрям в історії адвокатури — проблему дослідження міської адвокатури найдавнішого періоду, яка активно діяла в містах Галичини (Руського та Белзького воєводств) та Поділля у XV — XVIII ст. і нині залишається «білою плямою». Досі всі дослідження з історії адвокатури давнього періоду стосувалися шляхетських судів, проте існувала міська адвокатура, яка характеризувалася своїми становими особливостями, обумовленими передусім діяльністю в межах магдебурзького права. Окрім того, в містах діяли адвокати не тільки окремих фізичних осіб, а й цілих громад (етноконфесійних) чи корпорацій (цехів, гільдій, братств тощо). Під цим кутом зору адвокатура ще не досліджувалася.

У статті висвітлено питання появи, термінології і перспективи досліджень міської адвокатури Галичини та західного Поділля XIV — XVIII ст.

Наданий огляд джерельної бази свідчить про величезний науковий потенціал дослідження, адже збережено сотні книг (це сотні тисяч сторінок) міських органів влади та судів, які досі не вивчалися під оглядом історії адвокатури.

У Галичині, яка від середини XIV ст. входила до Польського Королівства, адвокатура як правовий інститут почала працювати раніше, ніж у Великому князівстві Литовському, тому дослідження історії міської адвокатури змінить досі усталені в українській історіографії позиції щодо виникнення терміна «адвокат», який на території українських земель було запроваджено у XIV ст., а не як прийнято вважати за Литовськими статутами у XVI ст. Це доведено на основі архівних матеріалів істориками Центру досліджень адвокатури і права при НААУ, оскільки встановлено першого міського адвоката ще XIV ст., який працював у м. Львові.

Міста Галичини та Поділля становили під правовим оглядом певну окремішність щодо решти українських земель, адже від самого початку вони існували в межах правового поля Корони Польської, а не Велико-го князівства Литовського, і ця специфіка збереглася навіть тоді, коли більшість українських земель були об'єднані після Люблінської унії в межах Польського Королівства.

Оглядова характеристика початків адвокатури у згаданих регіонах, формування професійної міської адвокатури, станових особливостей при вивченні міської адвокатури, джерельної бази, а також наведені деякі приклади з історії адвокатської практики, що почерпнуті з міських книг, свідчить про те, що вивчення міської адвокатури — ще один недосліджений напрям в українській історії, без якого уявлення про становлення і розвиток інституту захисту не є повним.

ПОЧАТКИ АДВОКАТУРИ У МІСТАХ ГАЛИЧИНИ ТА ПИТАННЯ ТЕРМІНОЛОГІЇ

Згадки про адвокатів у містах західноукраїнських земель сягають щонайменше другої половини XIV ст., відколи збереглися актові м. Львова. Чи існувала така інституція за часів Галицько-Волинської держави, інформації немає, але, швидше за все, її не було. До цього висновку наштовхує те, що для високого середньовіччя загалом не було притаманним використання заміни (представництва) в судових процесах —



сторона повинна була самостійно виступати перед судом. Так, зокрема, було в Польщі та деяких сусідніх країнах (хоча були й винятки — Тевтонський орден дозволив діяльність судових представників ще в 1249 р.)¹. Тому використання «заступництва» в суді було спорадичним і, швидше, винятковим — тільки за спеціальними дозволами світських чи духовних володарів. Загалом же поява представництва в суді — це явище, типове вже, швидше, для пізнього середньовіччя.

Ситуація суттєво змінилася після видання у Польщі Казимиром III Віслицького статуту (1347 року)². У польській правничій історіографії цей документ називають інколи «Великою хартією польської адвокатури»³. У ньому були статті, присвячені питанням адвокатури. Причому потрібно відзначити, що початково для позначення судового представника сторін використовувалася саме звичний нині термін «адвокат» разом із деякими іншими синонімами. Так, у ст. 10 (4) йшлося про те, що «у судах нашого Королівства будь-яка людина, будь-якого статусу та становища може й повинна мати свого адвоката, прокуратора і пролокутора»⁴. Отже, не можна стверджувати, що термін «адвокат» є пізнього походження. Уже через два роки після видання цього статуту західноукраїнські землі були приєднані до Польського Королівства, і, очевидно, багато інституцій (у тому числі й адвокатура) поширилося й на них.

Водночас одразу потрібно зауважити, що пізніше на довгий час термін «адвокат» вийшов з ужитку і замість нього використовувалися слова «пролокутор» (речник), «прокуратор» (дослівно — «той, хто вирішує щось за дорученням», давньопольською — *piersca*), «пленіпотент» (уповноважений, або в давній українській мові — «умоцований»).

Ці терміни вживалися взаємозамінно, майже без жодних суттєвих відмінностей у значенні. Натомість термін «адвокат» (дослівно — «прикликаний») швидше не вийшов з ужитку, а просто був «перетягнутий»

до іншої сфери — ним почали називати в'їтів, які очолювали міські суди (а по малих містечках — і цілі магістрати). Також доцільно зазначити, що термін «прокуратор» не мав нічого спільного із прокуратурою та обвинуваченням (публічні обвинувачі в давні часи називалися «інстигаторами»).

Окрім того, у пізніші часи — частково вже у XVI ст., але більшою мірою в XVII ст. і особливо у XVIII ст. — суттєве поширення отримав термін «патрон» (*patronus causae*), у множині — *patroni causarum*)⁵. Відколи почали формуватися професійні спільноти адвокатів — «палестри», до вжитку теж увійшло поняття «палестрант» (як член такої групи). Використовувався також термін «меценат» (*meceenas*). Але це все більше стосується уже XVIII ст. Окрім того, у польськомовних джерелах виступають терміни *jurysta* і *praktyk*, які хоч формально охоплюють ширше (гіперонімічне) поняття — правника загалом, але часто теж використовувалося для позначення адвоката⁶.

Звісно, поширення польського права на Галичину завершилося в 1434 році, але перша згадка про адвокатів-прокураторів у львівських актових книгах датується 4 листопада 1383 року, коли міщанин Станіслав Арнсберг не зміг бути особисто присутнім на суді й призначив собі прокуратора, ім'я якого, на жаль, не було зазначено⁷. Відтоді згадки про адвокатів-прокураторів у міських книгах не є поодинокими.

Натомість цікавим є перше відоме ім'я адвоката у м. Львові — Ничко Платенер з Кракова, який виступав як представник Йоганна Герлаха у 1385 році⁸. Впадає в око тут те, що цей прокуратор був не місцевим. Є й інший специфічний момент — його прізвисько, швидше за все, вказувало на те, що він був ремісником — «платнером» або ж «зброярем», який виготовляв обладунки (у ті часи прізвища були швидше прізвиськами, які могли змінюватися або ж використовувалося кілька прізвиць паралельно, і часто професійна приналежність

¹ Rafacz J. Zastępcy stron w dawnym procesie polskim. Kraków, 1923. S. 9 (57).

² Starodawne prawa polskiego pomniki poprzedzone wywodem historyczno-krytycznym tak zwanego Prawodawstwa Wiślickiego Kazimierza Wielkiego w texcie ze starych rękopism krytycznie dobranym / wyd. Antoni Zygmunt Helcel. Warszawa; Kraków, 1856.

³ Kiszka A., Krzemiński Z., Łyczywek R. Historia адвокатуры польской. Warszawa, 1995. S. 23.

⁴ Starodawne prawa polskiego pomniki poprzedzone wywodem historyczno-krytycznym tak zwanego prawodawstwa wiślickiego Kazimierza Wielkiego / wyd. A. Z. Helcel. Warszawa, 1856. T. 1. S. 54, 175. В інших статтях йшлося про право жінки доручати ведення своєї справи речникові (с. 4, 53-54).

⁵ Volumina legum. Petersburg, 1859. T. 1. S. 282.

⁶ Детальніше про це див.: Zajda A. Studia z historii polskiego słownictwa prawniczego i frazeologii. Kraków, 2001. S. 19-21, 26-27.

⁷ № ajstarsza księga miejska. 1382-1389 / wyd. A. Czołowski (Pomniki dziejowe Lwowe z Archiwum miasta. T. 1). Lwów, 1892. S. 20 (Nr125).

⁸ Ibidem. S. 34 (Nr221).



виконувала додаткову функцію ідентифікації особи). Цьому не варто дивуватися, адже пізньосередньовічне представництво в судах не було чисто професійним (хоча із часом поступово еволюціонувало в професію).

Загалом у найдавнішій збереженій міській книзі м. Львова за 1382 — 1389 рр. прокуратори (адвокати) згадані 24 рази (покажчик до її видання подає їх менш добросовісно, бо налічує лише 14 згадок)⁹. Часто записка про призначення свого представника у суді виглядала так: певний міщанин «вчинив [когось — зазначалося ім'я особи] уповноваженим і встановив прокуратора» (*plenipotentem suum effecit et constituit procuratorem*)¹⁰.

Отже, можемо дійти висновків, що, попри поступове проникнення польського права на українські землі, адвокатура (хай навіть у протопрофесійному вигляді) з'явилася доволі швидко — майже одразу після переходу українських земель під польське панування.

Подальшими еволюційними віхами в історії адвокатури у містах Галичини (як, зрештою, і в масштабі всього Польського Королівства) були так звані Нешавські привілеї 1454 року, видані Казимиром IV Ягайлончиком. Щоправда, положення про адвокатуру більше прописані у Великопольському, а не Малопольському привілеї — про обов'язкове виділення урядом (судом) адвоката-прокуратора особі, яка не може самостійно боронитися і при тому не може знайти собі заступника, який би представляв її інтереси в суді¹¹. Прийнято вважати, що саме Нешавські привілеї дали поштовх для початку поступового формування професійної адвокатури — принаймні при трибунальських і ґродських судах¹².

Наступний законодавчий крок у розвитку адвокатури відображений у Конституції 1511 року. Тут фіксується більш детальне окреслення компетенцій прокураторів, зокрема право представника сторони в суді діяти за відсутності принципала (клієнта), виконувати всі необхідні дії, які стосувалися справи, — вчиняти, наприклад, усний позов чи передавати справу до іншого суду. Але

за відсутності клієнта адвокат не мав права робити нових нотаріальних записів (так званої «інскрипції», особливо тих, які стосувалися права власності на нерухомість), видавати квитанції (квити, поквитування) щодо попередніх зобов'язань чи приймати від когось гроші¹³.

ФОРМУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ МІСЬКОЇ АДВОКАТУРИ

Чи не найголовнішим документом у становленні професійної адвокатури стала Конституція 1543 року. У ній вводилося поняття «*procuratores mercenarii*» («платні адвокати») ¹⁴. «*Mercenarius*» (як іменник, а не прикметник) — традиційно означало «найманця», «вільного найманого працівника» та етимологічно виводилося від слова «*merces*» — «грошова винагорода»¹⁵.

Раніше заступництво в суді, як правило, доручалося близьким, рідним чи просто знайомим особам, які погоджувалися замінити в суді особу, яка не готова була явитися особисто. Крім того, на початках заступництво було безплатним (брати платню за це вважалося недобрим тоном, а для шляхтича-прокуратора, який би взяв гроші за свою діяльність у суді, це взагалі було б сприйняте як безчестя і давало підстави позбавити його шляхетства)¹⁶. І лише у XV ст. поступово з'являються елементи оплати адвоката. А тепер же, завдяки Конституції 1543 року, з платних послуг адвоката остаточно знято осуд, і це, власне, й стало ознакою трактування заступницьких послуг у суді як суто професійних.

Також раніше не вважалося, що адвокат обов'язково повинен був мати фахову підготовку, але вже із середини XVI ст. професійний адвокат мав більше вчитися і краще знати право, а тому волів, щоб капітал, вкладений у навчання, дав йому певні відсотки¹⁷. Водночас треба відзначити, що юридична освіта адвоката і далі не вимагалася як обов'язкова умова на законодавчому рівні. До професіоналізації адвокатури доклалася й ренесансна мода на античність і стародавніх ораторів-правників¹⁸.

⁹ Ibidem. S. 150.

¹⁰ Ibidem. S. 25 і т. д.

¹¹ Hube R. Statuta nieszawskie z 1454 roku. Warszawa, 1875. S. 43.

¹² Kiszka A., Krzemiński Z., Łyczywek R. Historia adwokatury... S. 35.

¹³ Volumina legum. Petersburg, 1859. T. 1. S. 171.

¹⁴ Ibidem. S. 282.

¹⁵ Sondel J. Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków. Kraków, 1997. S. 620.

¹⁶ Rafacz J. Zastępcy stron... S. 90 (138).

¹⁷ Ibidem. S. 77 (125).

¹⁸ Kiszka A., Krzemiński Z., Łyczywek R. Historia adwokatury... S. 35-36.



Отже, повертаючись до Конституції 1543 року, варто відзначити, що, попри її епохальність в історії формування професійної адвокатури на західноукраїнських землях, усе ж її положення було досить лаконічними і простими. Так, відповідно до неї адвокати повинні були складати в обов'язковому порядку присягу (тобто бути «присяглими» або «заприсяженими», латинською — «*iurati*»), не мали права братися за свідомо неслухні (несправедливі) справи (*iniustas causas neque suscipere*) і не мали права вимагати штучно завищених відшкодувань і т. д.¹⁹

Після Конституції 1543 року було ще кілька нормативно-правових актів, які стосувалися адвокатури, — Конституція 1548 року (про адвокатські тарифи), ординація Сигізмунда Августа 1559 року (регуляція професійних прав і обов'язків адвокатів у королівських та сеймових судах), Конституції 1588 року (у справах образу королівського маєстату) та 1601 року (про діяльність прокураторів при Трибунальському суді) тощо²⁰. Проте ці документи переважно не мали великого значення для функціонування адвокатури в містах Руського та Белзького воєводства. Це ж стосується і реформаторських сеймових рішень про адвокатів (патронів) у 1764 — 1766 рр.²¹, оскільки вже через кілька років — у 1772 року. Галичина відійшла під австрійське панування.

Тому нормативно-правова база функціонування міської адвокатури здебільшого сформувалася ще до середини XVI ст. Слід наголосити, що в середньовіччі нерідко практика передувала закону, а останній лише встановлював певні обмеження і задавав напрям подальшого розвитку тих чи інших правових інституцій. Тому професійне заступництво пройшло тривалу еволюцію, а усталена практика просто була законодавчо закріплена у 1543 році.

СТАНОВІ ОСОБЛИВОСТІ ПРИ ВИВЧЕННІ МІСЬКОЇ АДВОКАТУРИ

Задля відтворення історії адвокатури у певних регіонах, й поготів лише у межах певного соціального стану — як, наприклад, у розглядуваному нами міському (міщанському) середовищі, крім загальнодержавних законодавчих актів варто оговорити тогочасну

відмінність між містом у широкому значення і містом у вузькому значенні.

Перше розуміння міста — територіальне. У цьому випадку місто охоплювало і духовенство, яке проживало на його території, і шляхетські володіння, і старостинські юридики (у тих містах, де існували гродські старостинські уряди). Усі ці категорії населення підлягали своїм власним юрисдикціям і не мали майже жодного стосунку до міста у вузькому становому значенні — міста як сукупності міщан, що керувалися власним магістратом і мали певну самоврядність, засновану на принципах магдебурзького права.

Оскільки у пізньому середньовіччі і ранньомодерному часі домінував становий підхід, то й вивчати міську адвокатуру потрібно у цьому другому, вузькому значенні слова. Тобто нас не повинні цікавити справи, наприклад, між духовенством і шляхтою, які проживали на території певного міста, у цьому випадку м. Львова. Натомість доцільно вивчати лише діяльність адвокатів у процесах міщан між собою або щонайбільше у процесах між міщанами та представниками інших станів, якщо вони судилися в міських судах.

Під міськими судами мається на увазі не лише лава як виключно судова інстанція, але й рада, яка теж діяла в багатьох випадках як суд.

ДЖЕРЕЛЬНА БАЗА ДЛЯ СТУДІЙ НАД МІСЬКОЮ АДВОКАТУРОЮ

З огляду на вищенаведені міркування, для вивчення історії адвокатури потрібно брати передусім *раецькі та лавничі* (а також *війтівські*) книги. У випадку міст Галичини — їх у Центральному історичному архіві м. Львова збереглося дуже багато, особливо порівняно з іншими українськими містами, де до наших часів дійшли лише одиниці чи щонайбільше десятки таких книг. Із великим відривом від усіх міст за кількістю раецьких та лавничих актів іде м. Львів. У фонді № 52 «Магістрат міста Львова» (опис 2) відкрито 132 раецькі книги²². Сумарно вони мають понад 164 тис. сторінок, писаних спочатку латиною та старонімецькою, а далі — латиною та старополь-

¹⁹ Volumina legum. Petersburg, 1859. T. 1. S. 282.

²⁰ Kiszka A., Krzemiński Z., Łyczywek R. Historia adwokatury... S. 37; Inwentarz voluminów legum. Petersburg, 1860. Cz. 1. S. 385.

²¹ Inwentarz voluminów legum. Petersburg, 1860. Cz. 2. S. 89.

²² Центральний державний історичний архів України у м. Львові (далі — ЦДІАЛ). Ф. 52, оп. 2, спр. 8-140.

²³ Тут і далі підрахунки проваджені за описами магістратських фондів, а також на підставі книги Кароля Бадецького: Badecki K. Archiwum miasta Lwowa. A. Oddział staropolski. III. Księgi i akta administracyjno-sądowe (1382-1787). Lwów, 1935.



ською мовами²³. Якщо поглянути хронологічно і розділити увесь час, коли у м. Львові діяло магдебурзьке право (1356 — 1787 рр.)²⁴, бодай на дві частини, беручи за основу поділу переломну в історії міст середину XVII ст., то вийде, що до 1650 року — це 54 раєцькі книги (понад 86 тис. сторінок)²⁵, а у 1651 — 1787 рр. — це 78 книг (майже 78 тис. сторінок)²⁶.

Серед широкої категорії «актів міського лавничого суду»²⁷ для дослідження історії адвокатури потрібні передусім, власне, лавничі книги (*inducta iudicii civilis* або ж *acta scabinalia*) та протокольні книги суто кримінальних справ (*acta criminalia iudicii civilis; acta causarum criminalium iuris Maydeburgensis*). Перші охоплюють 65 книг (понад 87 тис. сторінок)²⁸, з яких 36 належать до періоду перед серединою XVII ст. (майже 63 тис. сторінок)²⁹, а 28 — до періоду 1653 — 1787 рр. (майже 25 тис. сторінок)³⁰. Інша група (кримінальні протоколи) має 17 справ (за 1577 — 1699 рр.) на майже 6 700 сторінках³¹. Важливі для дослідження теж книги вйтівського уряду за 1559 — 1785 рр. (68 справ і 7400 сторінок)³² і чистові акти вірменського суду за 1537 — 1783 рр. (25 справ на 19,5 тис. сторінок)³³.

Вірменські акти дозволять з'ясувати, чи існувала в дійсності якась етнічна специфіка в адвокатурі. Це важливо, оскільки в літературі трапляються твердження про те, що вірменське право абсолютно не допускало професійних і платних адвокатів (прокураторів)³⁴, хоча із власних досліджень актового матеріалу, можемо стверджувати, що вірмени до адвокатів зверталися, і до професійних, і, як з усього можемо судити, ще й оплачуваних (про це йтиметься нижче).

Також доцільно дослідити специфіку адвокатури у євреїв. Ця етнорелігійна спільнота у містах стояла

дещо окремо від загалу міщан (умовної християнської громади), але за способом життя належала до міщанського стану, а тому її варто включити до контексту історії міської адвокатури. Зокрема, важливим є функціонування адвоката для справ цілої єврейської громади — так званого «кагального синдика». Щодо джерел, необхідних для дослідження єврейської адвокатури, то це передусім збірки розрізнених актів, що містяться у першому описі за 1470 — 1787 рр. (це 6 папок із 1528 сторінок)³⁵, а також збірники документів з другого опису цього ж фонду за 1592 — 1744 рр. (325 сторінок) і 1729 — 1732 рр. (542 сторінок)³⁶. Разом ці документи мають 2 395 сторінок.

Отже, загалом для м. Львова кількість джерел, які потрібно було би опрацювати, налічує 327 справ (на майже понад 373 тис. сторінок). Це є надзвичайно великий обсяг для дослідницької роботи. І це притому, що сюди не враховувалися інші види джерел — наприклад, численні копіарії декретів (в яких подекуди включалися документи, що відображали перебіг судових справ), рахункові книги (інформація про платню адвокатами, переважно платня синдикам — захисникам інтересів загальноміської чи окремих етнорелігійних громад), цехові книги (дані про використання цехами адвокатів), різноманітних протоколів, фрагментів, так званих «продуктів» міських судів.

Поза м. Львовом збереглися міські книги й інших міст Галичини. Щоправда, у суттєво меншому обсязі та й розмаїтті категорій книг у цих містах було меншим. На загальному фоні виділяється магістрат м. Самбора, для якого збереглися (за XVI — XVIII ст.) 100 книг (понад 64 тис. сторінок). Велику частину з них становлять вйтівські і вйтівсько-лавничі книги (42 справи

²⁴ Магдебурзьке право у Львові продовжувало діяти і в перші 16 років австрійського панування.

²⁵ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 8-61.

²⁶ Там само. Спр. 62-140.

²⁷ До цієї групи входять також так звані неспірні справи — індукти резигнацій, які не становлять для нас ширшого інтересу.

²⁸ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 232-297.

²⁹ Там само. Спр. 232-268.

³⁰ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 269-297.

³¹ Там само. Спр. 298-315.

³² Там само. Спр. 377-445.

³³ Там само. Спр. 377-445.

³⁴ Rafacz J. Zastępcy stron... S. 77 (125).

³⁵ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 1, спр. 137-142.

³⁶ Там само. Спр. 618 і 627.



на понад 26 тис. сторінок)³⁷, а також книги міської ради м. Самбора (47 книг на понад 30 тис. сторінок)³⁸. Частина справ фонду є змішаними — раєцько-війтівсько-лавницькими (12 книг, 8 281 сторінка)³⁹.

Іншим, порівняно багатим на історичні джерела XVI — XVIII ст., містом є Броди, яке має 59 такого типу міських книг (на 9 049 сторінках). Серед них більшість — це книги війтівського уряду (29 книг на майже 6 тис. сторінок)⁴⁰, раєцькі книги (15 книг на 2 196 сторінок)⁴¹, а решта — це змішані війтівсько-раєцькі, рахункові, контрактіві, декретові, реляційні та інші книги⁴². Щодо решти міст, то просто перелічимо їх та дані про їхню джерельну базу в порядку спадання кількості міських книг — це Дрогобич (фонд № 29, 24 книги, 9 381 сторінка), Сянок (фонд № 44, 18 книг, 3 873 сторінки), Белз (фонд № 22, 17 книг, 4 123 сторінки), Золочів (фонд № 70, 13 книг, 4 138 сторінок), Мостиська (фонд № 35, 12 книг, 2 915 сторінок), Бабичі (фонд № 21, 7 книг, 304 сторінки), Стара Сіль (фонд № 45, 6 книг, 1 180 сторінок) і Жовква (фонд № 69, 3 книги, 646 сторінок). Не включаємо сюди актів, розпорощених по рукописних відділах бібліотек та закордонних архівів.

Отже, для згаданих (поза м. Львовом) 11 міст у фондах львівського архіву відклалося 259 міських книг (на 99 764 сторінках). А разом із м. Львовом це дає значну суму — 586 справ (на 473 157 сторінках)⁴³. Ми спеціально подавали кількість сторінок для розуміння масштабності дослідницького завдання, адже тогочасні книги (особливо у XVII — XVIII ст.) часто мали по кілька тисяч сторінок (часто писаних важкочитабельною латиною). Це дуже великий обсяг джерел для проведення дослідження.

³⁷ ЦДІАЛ. Ф. 43, оп. 1, спр. 104-128, 134-150.

³⁸ Там само. Спр. 133, 151-176, 184-204.

³⁹ Там само. Спр. 129-132, 177-183.

⁴⁰ Там само. Спр. 2-30.

⁴¹ Там само. Спр. 31-45.

⁴² Там само. Спр. 1, 46-61.

⁴³ Тут потрібно наголосити, що у згаданих фондах є значно більше книг, але ми відбирали лише ті, що підходять хронологічно і можуть містити цінну для дослідження інформацію.

⁴⁴ Якщо не рахувати класичних праць Юзефа Рафача (Rafacz J. Zastępcy stron w dawnym procesie polskim. — Kraków, 1923; ejusdem. Dawny proces polski. Warszawa, 1925) чи сучасних синтетичних нарисів з історії адвокатури (див.: Kiszka A., Krzemiński Z., Łyczywek R. Historia adwokatury polskiej. Warszawa, 1995), які описували адвокатуру дуже узагальнено та з більшим акцентом на шляхетських адвокатах. Натомість одна з нещодавніх ґрунтовних праць з історії кримінального процесу в містах має кілька розділів, присвячених адвокатам у містах (Mikołajczyk M. Proces kryminalny w miastach Małopolski XVI-XVIII wieku. Katowice, 2013). Однак автор констатує недостатню зацікавленість захистом обвинувачених у давніх правових трактатах та й сучасна історіографія проблеми не є значна. Також із дослідження випливає, що згадки про адвокатів у кримінальних справах, досліджуваних ним містах, не є численні (Ibidem. S. 103-105).

Загалом, виходячи з інформаційних пластів, які закладені у згаданих категоріях міських книг, при ретельному опрацюванні джерел можна розраховувати на дослідження таких питань, як види адвокатської діяльності у містах Галичини, вибір призначення та зміну адвокатів під час судових процесів, еволюцію адвокатських практик протягом XVI — XVIII ст. Окремо можна виявити, як функціонували адвокати в етноконфесійних громадах із особливим правовим статусом або яким чином діяли синдики як адвокати цілої міської спільноти чи окремих етноконфесійних громад.

Важливо також дослідити соціальний портрет адвокатів у містах Галичини, їхнє географічне та станове походження, правовий статус, соціальний престиж і заможність адвокатів, простежити родинні зв'язки в адвокатському середовищі, виявити та опублікувати адвокатські промови в суді та письмові документи, які готували адвокати.

Це все складає досить складне дослідницьке завдання, ускладнене, зокрема, величезним джерельним матеріалом при майже повній відсутності відповідних студій. Міська адвокатура в Україні для періоду до кінця XVIII ст., наскільки відомо, не досліджувалася взагалі. Не надто багато праць з історії міської адвокатури є і в польській історіографії⁴⁴. Тому вивчення адвокатури в містах Галичини мало б зазнати всіх труднощів першопрохідців.

ДЕЯКІ ПРИКЛАДИ З ІСТОРІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ПРАКТИКИ, ПОЧЕРПНУТІ З МІСЬКИХ КНИГ

Для кращого розуміння, чи інформація про адвокатів є достатньо представлена в міських джерелах,



дозволимо собі констатувати, що при роботі з міськими книгами з першої половини XVII ст. згадки про професійних адвокатів (прокураторів, пролокуторів) трапляються на сторінках більшості судових (спірних) справ.

Як приклад наведемо епізод із протистояння між львівськими вірменами-купцями (Симоном Костьовичом, Стефаном Лазаровичем, Григорієм Миколайовичем, званим інакше Гжеськом Котом, і Стефаном Миколайовичем), з одного боку, та львівським старостою Станіславом Боніфацієм Мнішком і його заступником підстаростою Олександром Залеським — з іншого, 19 квітня 1621 року. Староста і підстароста за допомогою свого адвоката Кшиштофа Люраковського порушили справу проти вірмен з приводу своїх претензій на майно іноземних купців, яке перебувало у львівських вірмен (під претекстом воєнного стану внаслідок Цецорсько-Хотинської кампанії 1620 — 1621 рр. і своєрідного трактування надзвичайних повноважень старости).

Вірмени уже через три дні виступили з контраргументами, запросивши для цього свого адвоката Бартоломія Яніковського, який основний акцент робив на «невідповідності» суду (*tanquam in foro incompetenti*), у якому розглядається справа. Але цей аргумент був явно натягнутим та непереконливим як для міської ради, так і для старости. Тільки рада відкинула це з огляду на неправильне розуміння юрисдикції — вірмени у своєму суді судилися лиш між собою (*non nisi inter pares personas*), а старостинська сторона акцентувала на тому, що це взагалі питання не судової тяганини, а простого виконання королівського розпорядження — всього лише видати необхідних 4 тис. зл., адже «королівська влада є поза будь-яким законом» (*Sacra regia maiestas est extra omnem legem*)⁴⁵.

У подальшому судова тяганина почала перетворюватися на обмін списками пунктів, у яких адвокатами кожної зі сторін викладалося власне бачення ситуації. Чим далі заходила суперечка, тим більш вишуканими ставали аргументи і контраргументи. Тези захисту старости були схожі на палкі патріотичні промови, з використанням риторичних запитань, і при цьому в'їдливі, саркастичні та зверхні. Адвокат старости звинувачував купців у непатріотичності (і ледь не колаборантстві) за те, що вони не видають майна, яке було їм

довірене чужинськими купцями з ворожих країв. На це купці відповідали, що таке довільне трактування права власності унеможливить усіялку торгівлю.

Врешті обмін промов перейшов на цитування класиків. Речник старости постійно виправдовував засоби метою, особливо на фоні війни. Для більшої переконливості він цитував Вергілія: «Хто ж стане розбирати між підступом та мужністю, маючи справу з ворогом?» (*Dolus an virtus, quis in hoste requirat?* «Енеїда», Кн. II, 390), додаючи, щоб ніхто не сумнівався, кого вважати неприємцем: «Вороги є ті, хто замишляють та готують ворожі дії» (*Hostes sunt hostilia meditantur et machinantur*)⁴⁶.

Вірменські купці підготували відповідь на так звану «репліку», якою намагалися вразити суд та опонента ще більшою вишуканістю аргументів, й удалися до цитування Томи Аквінського та інших сентенцій. Наприклад, (*mercatores perduellionis crimine non convicti manifesti iuris est repraesentationis et confiscationi non subiacere*); «навіть підданим ворогів треба довіряти» (*etiam hostium subditis fides est servanda*); «найвищою справедливістю є віддавати кожному те, що є його, бо з плином часу, коли настане мир, пасуватиме будь-кому домагатися повернення і повернути своє» (*summa iustitia est reddere unicuique quod suum est, nam successu temporis pace interveniente propior erit quisque repetere emonere et recipere sua* — переказ і розвиток ідей Фоми Аквінського, див. *Summa Theologiae, 2a2ae, 58, 11*); «якщо турки з башами і воїнами є ворогами жителів Королівства, то з цього не впливає, що такими є купці, оскільки багато хто з них прагне укладення миру» (*si Turca cum suis basis et militibus sunt regnicolis hostes ergo et mercatores non sequitur plurimi enim sunt pacem fieri cupientes*) тощо. Врешті купці натякнули на неконтрольовану пожадливість старости («*inordinata concupiscentia*», теж термін Фоми Аквінського)⁴⁷. Продовження спору у львівських актах не збереглося (як і в багатьох інших випадках, коли справи передавалися до вищих інстанцій — передусім на «задвірний» суд короля), але обміни такими «репліками» і «дупліками» є цінні з огляду пізнання адвокатських промов, ведення процесу, аргументації сторін і позицій судових органів тощо.

Інший приклад — у цеховій книзі львівської корпорації «Багатих крамів» містяться чисельні згадки

⁴⁵ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 36, арк. 461.

⁴⁶ Там само. Арк. 495-496.

⁴⁷ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 36, арк. 516-517.



про адвокатів цеху. Наприклад, у 1612 році описуються розрахунки крамарів (грошима і вином) з цеховим адвокатом (прокуратором) Андрієм Мосціцьким — йому дали півгарнця вина за те, що двічі ходив з крамарями до ратуші для вирішення справ, і ще квартиру вина за те, що писав листи до м. Варшави до іншого адвоката — Каспра Майковського (або ж Маньковського)⁴⁸. Останньому до королівського двору також пересилали гроші разом із листом (платили 3 червоні золоті), а його дружині ще й додаткового подарували дві «косматі» хустки (за 4 зл.)⁴⁹. У 1613 році цех узяв кошти зі складки «на підтримку задвірних справ» і через Симона Аведиковича передав їх до м. Варшави К. Майковському. Ця сума була досить значна на ті часи — 85 зл.⁵⁰

Але якщо це були принагідні адвокати, яких залучали для вирішення конкретних ситуативних проблем, то в 1617 році цех «Багатих крамів» врешті зібрався у повному складі і, вирішивши мати постійного адвоката (прокуратора), постановив виділити для нього щоквартальну платню в розмірі 7 зл. 15 грошів⁵¹. Того ж року згадувалися два «прокуратори»: Адам⁵² та Валентин⁵³ — обидва незнані з прізвища. Щодо другого адвоката (Валентина), то згадано, що крамар Якуб Івашкович переглядав із ним справи, які були потрібні для судових процесів при королівському дворі, і з цієї нагоди вони обоє випили 2 гарнці з квартою вина (8,64 л, вартістю 3 зл.)⁵⁴. Також збереглися записи і про

пригощання прокуратора Адама вином (півгарнцем, тобто 1,88 л мальвазії, за 16 грошів)⁵⁵. Це досить дивно, адже в тогорічній постанові йшлося про утримання лише одного постійного адвоката.

Згодом у цехових протоколах фігурують ще адвокати Валентин (у 1620 році йому сплачено 20 грошів за ходження до ратуші)⁵⁶ і Захарія (у 1622 році з нагоди його почастунку вином)⁵⁷. Окрім того, крамарський цех звернувся до адвокатських послуг відомого львівського хроніста і майбутнього бургомистра (мера) — Бартоломія Зіморовича — під час судового процесу 1629 року проти цеху шапкарів. Як записав крамарський писар, цех «використав пана Бартоломія Зіморовича, «практика», аби він пильнував тої справи, видав на неї 4 зл.»⁵⁸. Щоправда, з контексту цього запису видно, що Б. Зіморович був залучений тільки для конкретного процесу і не був постійним адвокатом цеху (що теж дивно, адже вже існували постійні цехові адвокати; можливо, цехових клопотів по судах вистачало й на кілька адвокатів)⁵⁹.

Отже, як бачимо, для вивчення історії міської адвокатури Галичини джерел є достатньо і, можливо, надто багато. Архівні матеріали — цікаві й багаті на інформацію, а те, що тогочасною міською адвокатурою Галичини (як і всієї України) ніхто спеціально не займався, може зробити потенційне дослідження новаторським і зразковим для подальших студій у цьому напрямі.

⁴⁸ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 1002, арк. 83-84, 89-90, 93.

⁴⁹ Там само. Арк. 107.

⁵⁰ ЦДІАЛ. Ф. 52, оп. 2, спр. 1002, арк. 93.

⁵¹ Там само. Арк. 132.

⁵² Там само. Арк. 135; спр. 1003, арк. 141, 278.

⁵³ Там само. Спр. 1003, арк. 138.

⁵⁴ Там само. Арк. 138.

⁵⁵ Там само. Арк. 141.

⁵⁶ Там само. Арк. 171.

⁵⁷ Там само. — Арк. 191.

⁵⁸ Там само. — Арк. 245.

⁵⁹ Детальніше про адвокатів крамарського цеху див.: Заяць О. А. Звичаї та посвякденні практики у львівському цеху багатих крамів у світлі цехових протоколів XVI — першої третини XVII ст. // Історія торгівлі податків та мита: 36. наук. праць. Дніпро, 2016. № 1-2 (13-14). С. 79-105.