



Тема:

НААУ та Міністерство закордонних справ України уклали Меморандум про співробітництво

с. 3

НААУ та Міжнародна комісія юристів уклали Меморандум про співпрацю в галузі міжнародного захисту прав адвокатів

с. 4

Відбулася нарада керівництва НААУ з головами рад адвокатів регіонів

с. 5

Резолюція РАУ щодо неприйнятності законопроекту «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055

с. 7



ЗМІСТ

Новини та події

НААУ та МЗС уклали Меморандум про співробітництво 3

НААУ та Міжнародна комісія юристів уклали Меморандум про співпрацю в галузі міжнародного захисту прав адвокатів..... 4

Відбулася нарада керівництва НААУ з головами рад адвокатів регіонів..... 5

Заяви про підтримку законопроекту № 9055 засновані Радою Європи на експертному звіті 2017 року 6

Рішення органів адвокатського самоврядування

Резолюція Ради адвокатів України щодо неприйнятності законопроекту «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055, затверджена на позачерговому засіданні Ради адвокатів України 21 листопада 2018 року..... 7

Цивільні справи

І. Мулява, І. Волков

Взаємовідносини роботодавця та працівника у випадку настання нещасного випадку на виробництві.... 9

О. Розгон

Поділ земельної ділянки між співвласниками..... 14

Кримінальні справи

О. Несінов

Кримінальний процес у контексті вимог Конституції та деяких рішень КСУ..... 23

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 КВ № 20370-10170 Р від 19.11.13 р.

Засновник

Національна асоціація адвокатів України

Юридична та фактична адреса засновника:

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

Секретаріат НААУ

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

Партнер НААУ

рвс





Адміністративні справи

Л. Белкін

Виправлення помилки у Звіті щодо
працевлаштування інвалідів: аналіз законодавства
та судової практики..... 32

А. Сітніков

Аналіз практики Верховного Суду
по адміністративним справам у спорах з органами
ДАБІ як дзеркало системної кризи правових позицій
суб'єкта владних повноважень..... 36

Практика ЄСПЛ

В. Ковтун

Захист конвенційних прав в умовах політики
жорсткої економії: аналітичний огляд..... 40

О. Дроздов, О. Дроздова

Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ
протягом другої половини 2018 року, або Подальші
кроки з вивчення абетки з прав людини
(частина друга)..... 48

Історія адвокатури

Відкриття навчальної аудиторії на честь видатних
адвокатів Тернопільщини 62

Відкрито кабінет історії адвокатури Буковини 63

Відкрито навчальну аудиторію імені адвоката,
першого мера-українця міста Тернополя
Володимира Лучаківського..... 64

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

10472

Загальний тираж видання

4300 екз.

Передплатний індекс: 86385

Періодичність виходу

раз на місяць

Дата виходу

17.12.2018 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.



НААУ ТА МЗС УКЛАЛИ МЕМОРАНДУМ ПРО СПІВРОБІТНИЦТВО

НААУ та Міністерство закордонних справ України уклали Меморандум про співробітництво. Документ підписали Голова НААУ, РАУ **Лідія Ізовітова** та Міністр закордонних справ **Павло Клімкін**.

Відтепер адвокати України спільно з дипломатами працюватимуть над популяризацією нашої держави за кордоном, налагодженням та посиленням ділових і культурних контактів, а також, що найважливіше, здійснюватимуть скоординований захист прав та інтересів українців за кордоном. На основі Меморандуму передбачається активне залучення до роботи українців-адвокатів, що проживають в інших країнах і виявляють небайдужість до співвітчизників.

Документом визначено такі напрями співробітництва, як організація та проведення заходів, спрямованих на підвищення інтересу іноземних держав, їх юридичних та фізичних осіб до взаємодії з Україною, зокрема здійснення інвестицій в економіку України; співробітництво (у тому числі через мережу представництв НААУ) щодо презентації на міжнародній арені адвокатури України, інтеграції української правничої спільноти в європейський простір, сприяння у налагодженні міжнародних зв'язків та обміну досвідом між національними асоціаціями адвокатів різних країн та іншими міжнародними правозахисними, правничими організаціями. Сторони докладатимуть спільних зусиль для підвищення рівня обізнаності громадян України, іноземців і осіб без громадянства в Україні та за кордоном щодо законодавства України та іноземних держав, дій у проблемних ситуаціях. Меморандум передбачає обмін інформацією щодо можливості залучення іноземних або вітчизняних фахівців із питань адвокатського захисту.



Як відомо, протягом останніх двох років НААУ активно розбудовує мережу своїх іноземних представництв за кордоном, яких на сьогодні уже понад 30 по всьому світу. З підписанням Меморандуму робота НААУ та Комітету з міжнародних зв'язків з просування інтересів України та захисту українців під час перебування їх за кордоном стане ще ефективнішою.

Громадяни, які планують відвідувати інші країни, відтепер у разі виникнення проблем можуть розраховувати не тільки на дипломатичні установи України, а й на вітчизняних адвокатів. Перелік діючих представництв НААУ за кордоном можна знайти на офіційному веб-сайті за посиланням: URL : <http://unba.org.ua/foreign-representations>.



НААУ ТА МІЖНАРОДНА КОМІСІЯ ЮРИСТІВ УКЛАЛИ МЕМОРАНДУМ ПРО СПІВПРАЦЮ В ГАЛУЗІ МІЖНАРОДНОГО ЗАХИСТУ ПРАВ АДВОКАТІВ

НААУ та Міжнародна комісія юристів (ICJ) уклали Меморандум про співпрацю в галузі міжнародного захисту прав адвокатів та реалізації гарантій адвокатської діяльності.

Документ підписали під час візиту делегації НААУ до Женеви Голова Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при НААУ **Ганна Боряк** та генеральний секретар ICJ **Саман Зія-Заріфі**.

До складу делегації НААУ увійшли також заступник Голови Комітету **Володимир Клочков**, секретар Комітету **Юрій Григоренко**, члени Комітету **Олег Гарник** та **Богдан Єгоров**.

Відтепер адвокати України спільно з авторитетною міжнародною організацією ICJ працюватимуть над захистом прав адвокатів, утвердженням незалежності адвокатської професії, а також над посиленням гарантій незалежності адвокатської діяльності.

Відповідно до Меморандуму сторони здійснюватимуть моніторинг, аналіз та, де це необхідно, інтервенції щодо випадків порушення професійних прав юристів в Україні, вживатимуть заходів проти нападів на адвокатів в Україні; проведуть спільні активності для підвищення обізнаності адвокатів та інших зацікавлених сторін щодо захисту прав та гарантій для юристів, а також використання міжнародно-правових механізмів захисту професійних прав адвокатів.

Окрім цього, під час зустрічі з керівником ICJ українська делегація доповіла про ризики прийняття парламентом України проекту закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055.



*«Неприпустимо ігнорувати право професійної спільноти адвокатів бути залученими до обговорення нової редакції профільного закону. Необхідно якомога більше фахівців залучити до процесу підготовки змін до законодавства задля досягнення якісного результату», — зазначив генеральний секретар ICJ **Саман Зія-Заріфі**.*

Міжнародна комісія юристів (The International Commission of Jurists) — недержавна організація, що працює у сфері міжнародного права прав людини і міжнародних стандартів системи правосуддя. Комісія є постійнодіючою групою з 60 провідних юристів (суддів і адвокатів) з різних країн, у тому числі представників вищого ешелону судової влади в Австралії, Канаді, Південній Африці, Німеччині, Аргентині та інших країнах світу.



ВІДБУЛАСЯ НАРАДА КЕРІВНИЦТВА НААУ З ГОЛОВАМИ РАД АДВОКАТІВ РЕГІОНІВ

З нагоди 6-ї річниці утворення Національної асоціації адвокатів України відбулася нарада керівництва НААУ з головами рад адвокатів регіонів.

Нарада була скликана для обговорення стратегічних питань розвитку адвокатури, зокрема перспектив реформи профільного законодавства та планування з'їзду адвокатів України.

Голова НААУ, РАУ **Лідія Ізовітова** повідомила, що публічний тиск з боку адвокатури та критика поданого як невідкладний проекту Закону № 9055 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» була достатньо ефективною. Проте мають бути докладені й подальші зусилля для того, щоб законопроект не був прийнятий, оскільки він загрожує руйнуванням системи захисту прав громадян.

Дискусія також була присвячена підсумкам діяльності НААУ, розвитку освітніх та наукових проектів, які підтримує НААУ, — Вищої школи адвокатури та Центру досліджень адвокатури і права.

Заступник Голови НААУ **Валентин Гвоздій** презентував новий онлайн-сервіс, розроблений на базі Єдиного реєстру адвокатів України, — кабінет адвоката.

Окрема увага на нараді була присвячена обговоренню ризиків, що містить у собі проект Закону № 9055 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

«Законопроект № 9055 направлений на одержавлення адвокатури. Ми працюємо над тим, щоб цей законопроект не був прийнятий», — заявила Голова НААУ, РАУ Лідія Ізовітова.

Наразі документ проходить розгляд у комітетах Верховної Ради — з питань запобігання і протидії корупції, профільного комітету з питань правової політики і правосуддя, Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності (оскільки законопроект № 9055 містить зміни до Кримінального процесуального кодексу). Проте реально ще жодний комітет не надав своїх висновків.

«Ми можемо говорити про блокування. З іншого боку, ми можемо говорити, що народні депутати не мають жодного інтересу до законопроекту про



адвокатуру. І та, і інша думка мають право на існування», — сказала Голова НААУ.

Разом із тим така ситуація може розвиватися за таким сценарієм, що законопроект буде одразу переданий на розгляд парламенту. І це, за словами Лідії Ізовітової, може відбутися найближчим часом. У зв'язку з цим Голова НААУ закликала регіональні адвокатські спільноти ще раз поінформувати народних депутатів про ризики законопроекту № 9055, найпершим з яких є втрата інструментів захисту прав людини.

14 листопада наданий висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради. Резолютивна частина висновку рекомендує за результатами розгляду в першому читанні законопроект доцільно повернути суб'єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання. Водночас численні зауваження до тексту законопроекту свідчать про наміри одержавити адвокатуру шляхом прийняття нового закону. *«Інша концепція, яка закладена експертами у цьому висновку, фактично, одержавлює адвокатуру»,* — констатувала Лідія Ізовітова.

Зокрема, такими зауваженнями є перетворення Вищої кваліфікаційної адвокатури України на фактично державну організацію, в якій адвокати будуть працювати на постійній основі. Аналогічна пропозиція експертів до законопроекту, по суті, передає державі і функцію позбавлення адвокатів права на адвокатську діяльність. Адже Вища дисциплінарна комісія



адвокатури також буде уподібнена до державного органу. Ці дві інституції, як випливає з логіки експертного аналізу, потребуватимуть для своєї діяльності підтримки коштами державного бюджету, що остаточно поставить їх у залежність від влади.

Крім того, експертний висновок пропонує виключити із законопроекту ті положення, які посилювали права адвокатів, і внести такі правки, які знищують вже наявні в чинному законі права, як-от право на адвокатський запит.

ЗАЯВИ ПРО ПІДТРИМКУ ЗАКОНОПРОЕКТУ № 9055, ЗАСНОВАНІ РАДОЮ ЄВРОПИ НА ЕКСПЕРТНОМУ ЗВІТІ 2017 РОКУ

Жодних офіційних оцінок законопроекту Радою Європи не надавалося, тому заяви про те, що законопроект «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055 схвально оцінений Радою Європи, не відповідають дійсності.

Про це ідеться у резолюції Ради адвокатів України щодо неприйнятності законопроекту з мотивів руйнування інституту захисту прав людини та міжнародних репутаційних втрат для України.

«Насправді, оцінка документа на етапі його опрацювання була здійснена у Звіті експертів Ради Європи «Щодо проекту закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та інших пов'язаних законодавчих актів України ще в грудні 2017 року», — зазначено в заяві.

Експертний Звіт був виконаний у межах проекту РЕ «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні». На першій сторінці Звіту зазначено, що **погляди, викладені у цьому Звіті, належать авторам і не обов'язково відображають позицію Ради Європи. Отже, Звіт експертів проекту Ради Європи не є офіційним висновком Ради Європи.** Крім того, мандат експертів передбачав оцінку попереднього варіанта законопроекту на відповідність мінімальним європейським стандартам. Експерти також не аналізували чинний закон про адвокатуру, прийнятий відповідно до висновків Венеціанської комісії від 2011 року та на виконання умов майбутньої Угоди про асоціацію Україна — ЄС.

«Наразі ми бачимо, як реформа української адвокатури перетворилася на кулуарну гру. І в ній

деякі політики не цураються використовувати авторитет європейських інституцій у своїх власних цілях, але всупереч інтересам України. Такі речі однозначно недопустимі і можуть мати для держави негативні наслідки міжнародного масштабу», — ідеться у резолюції РАУ від 21 листопада 2018 року.

У резолюції РАУ згадано той факт, що під час підготовки цього документа експерти Ради Європи виключили консультації з Національною асоціацією адвокатів України як офіційним представником адвокатури, що прямо суперечить європейським та міжнародним стандартам.

Реальні висновки щодо відповідності законопроектів стандартам Ради Європи надає Венеціанська комісія. Тому НААУ ще 22 жовтня 2018 року звернулася до Президента України щодо того, чи направлено поданий ним законопроект № 9055 до Венеціанської комісії для проходження комплексної оцінки на відповідність європейським стандартам. Відповіді досі не надано.

Зважаючи на численні обмеження прав адвокатів та корупційні ризики законопроекту, РАУ закликає народних депутатів не підтримувати цей документ.

«Наслідками прийняття законопроекту № 9055 стане погіршення міжнародного іміджу України, фактична неможливість виконання міжнародних угод та договорів, насамперед Угоди про асоціацію з Євросоюзом, втрата позицій у міжнародних рейтингах демократії та інвестиційної привабливості України», — ідеться у резолюції РАУ.



Затверджено
на позачерговому засіданні
Ради адвокатів України
21 листопада 2018 року

Резолюція Ради адвокатів України
щодо неприйнятності законопроекту
«Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055

Рада адвокатів України звертається до народних депутатів України та до громадськості із заявою стосовно неприйнятності законопроекту № 9055 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Стверджуємо: цей проект розроблявся без дотримання міжнародних стандартів та без залучення до його розробки єдиної професійної організації адвокатури — Національної асоціації адвокатів України.

Наша позиція щодо небезпеки ухвалення законопроекту № 9055 детально аргументована і викладена в прийнятих Радою адвокатів України від 07.09.2018 р. та 25.09.2018 р. та направлених до кожного депутата Верховної Ради.

Як заслін справедливій критиці законопроекту № 9055 з боку адвокатської спільноти всієї України 19.11.2018 року до Верховної Ради Асоціацією правників України було подане відкрите звернення на підтримку законопроекту. Але треба зважити, що Асоціація правників України не представляє інтереси саме адвокатської спільноти нашої держави, а є представником працівників прокуратури, поліції, податків, митників, суддів, а також, зокрема, певної незначної частини адвокатів. Тому логічним є, що ця громадська організація лобіює в законопроекті № 9055 положення про надання преференцій у доступі до адвокатської професії для прокурорів та судді без проходження 2-річного стажування. Законопроектом на відкуп суду віддано притягнення адвокатів до відповідальності за зловживання процесуальними правами; на угоду правоохоронним органам знівельовано принцип конфіденційності в діяльності адвоката, а також спрощено процедуру заміни захисника за договором на адвоката з державної системи безоплатної правової допомоги. Юристи-держслужбовці, які складають ще одну значну групу членів АПУ, намагаються реалізувати доступ до суду поза принципами, передбаченими нормами законодавства про адвокатську діяльність. Тому видається абсолютно зрозумілим, чому Асоціація правників лобіює цей законопроект. Він впроваджує амбітні плани більшості членів цієї організації — працівників правоохоронних органів та судів — посилити їхні професійні права за рахунок тиску на адвокатів.

Останнім часом набула інформаційного поширення теза про те, що на підтримку законопроекту № 9055 виступила Рада Європи. Це є прямим відкритим маніпулюванням. Насправді, оцінка документа на етапі його опрацювання була здійснена у Звіті експертів Ради Європи «Щодо проекту закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та інших пов'язаних законодавчих актів України ще в грудні 2017 року. Звіт виконаний у межах проекту РЕ «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні» та, як зазначено на його початку, не відображає офіційну позицію Ради Європи. При цьому підхід авторів Звіту виключив консультації з офіційним представником адвокатури, прямо суперечить європейським та міжнародним стандартам. НААУ наполягає на тому, що законопроект № 9055 та альтернативні законопроекти мають пройти оцінку у Венеціанській комісії, яка надасть реальну оцінку відповідності цих документів до стандартів Ради Європи. Наразі ми бачимо, як реформа української адвокатури перетворилася на кулуарну гру. І в ній деякі політики не цураються



використовувати авторитет європейських інституцій у своїх власних цілях, але всупереч інтересам України. Такі речі однозначно недопустимі і можуть мати для держави негативні наслідки міжнародного масштабу.

Ми ще раз звертаємо увагу народних депутатів до реальної перспективи втрати адвокатурою своєї незалежності. Спроби за допомогою законопроекту № 9055 перетворити адвокатуру на керовану і слухняну для владних кіл прямо суперечать інтересам мільйонів українських громадян. Законопроект № 9055 — це не європейська реформа, а семимильні шляхи назад у минуле, повернення до авторитарної держави.

Маємо розуміти, наслідками прийняття законопроекту № 9055 стане погіршення міжнародного іміджу України, фактична неможливість виконання міжнародних угод та договорів, насамперед Угоди про асоціацію з Євросоюзом, втрата позицій у міжнародних рейтингах демократії та інвестиційної привабливості України.

Закликаємо народних депутатів дослухатися до консолідованої позиції адвокатури України, юридичних застережень стосовно ризиків втрати правового демократичного характеру Української держави та репутаційних втрат на міжнародній арені та не підтримувати прийняття законопроекту № 9055 у Верховній Раді.



ВЗАЄМОВІДНОСИНИ РОБОТОДАВЦЯ ТА ПРАЦІВНИКА У ВИПАДКУ НАСТАННЯ НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ НА ВИРОБНИЦТВІ



Ірина Мулява,
адвокат



Іван Волков,
юрисконсульт Східного регіону
ТОВ «Сільпо-Фуд»

На сьогоднішній день у роботі суб'єктів господарювання, які застосовують найману працю, актуальним є питання, пов'язане з відносинами з працівниками, які виникають внаслідок каліцтва, пов'язаного з виконанням співробітником своїх трудових обов'язків.

Чинне законодавство України має значний нормативний масив, що регулює питання, пов'язані з трудовим каліцтвом. У цій статті ми зосередимося на питанні відшкодування шкоди, завданої внаслідок каліцтва, пов'язаного з виконанням працівником своїх трудових обов'язків, та способах мінімізації негативних наслідків для кожної зі сторін. Розглянемо як крайній захід — звільнення працівника у зв'язку з невідповідністю займаній посаді внаслідок стану здоров'я.

Закон України від 14.10.92 р. № 2694 «Про охорону праці»¹ визначає основні положення щодо реалізації конституційного права працівників на охорону їх життя і здоров'я у процесі трудової діяльності, на належні, безпечні і здорові умови праці, регулює за участю відповідних органів державної влади відносини між роботодавцем і працівником з питань безпеки, гігієни праці та виробничого середовища і встановлює єдиний порядок організації охорони праці в Україні.

Кожне підприємство під час організації трудового процесу зобов'язане забезпечити охорону праці задля збереження життя, здоров'я і працездатності людини у процесі трудової діяльності.

Незважаючи на зусилля суб'єктів господарювання, нещасні випадки на виробництві не є рідкістю, і в разі їх настання роботодавці по-різному виходять із цієї ситуації.

Згідно з п. 5 ст. 1 Закону України від 23.09.99 р. № 1105 «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування»² і п. 7 постанови Кабінету міністрів України від 30.11.11 р. № 1232 «Деякі питання розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві»³ **нешасний випадок на виробництві** — це обмежена в часі подія або раптова дія на працівника небезпечного виробничого чинника або середовища, що сталися в процесі

¹ Далі за текстом — Закон № 2694.

² Далі за текстом — Закон № 1105.

³ Далі за текстом — Порядок № 1232.



виконання ним трудових обов'язків, унаслідок яких завдана шкода здоров'ю або настала смерть.

Перелік обставин, за яких нещасний випадок вважається пов'язаним з виробництвом, наведений у п. 15 Порядку № 1232. Крім того, нещасним випадком виробничого характеру вважатиметься випадок, що стався з працівником, який перебував у відрядженні за кордоном.

У п. 16 цього ж Порядку встановлений перелік обставин, за яких нещасні випадки не визнаються такими, що пов'язані з виробництвом: 1) перебування за місцем постійного проживання на території польових і вахтових селищ; 2) використання в особистих цілях без відома роботодавця транспортних засобів, устаткування, інструментів, матеріалів тощо, які належать або використовуються підприємством (крім випадків, що сталися внаслідок їх несправності, що підтверджено відповідними висновками); 3) погіршення стану здоров'я внаслідок отруєння алкоголем, наркотичними засобами, токсичними чи отруйними речовинами, а також їх дії (асфіксія, інсульт, зупинка серця тощо), що підтверджено відповідним медичним висновком, якщо це не пов'язано із застосуванням таких речовин у виробничому процесі чи порушенням вимог щодо їх зберігання і транспортування, або якщо потерпілий, який перебував у стані алкогольного, токсичного чи наркотичного сп'яніння, до настання нещасного випадку був відсторонений від роботи відповідно до вимог правил внутрішнього трудового розпорядку підприємства або колективного договору; 4) алкогольне, токсичне чи наркотичне сп'яніння, не зумовлене виробничим процесом, що стало основною причиною нещасного випадку за відсутності технічних та організаційних причин його настання, що підтверджено відповідним медичним висновком; 5) вчинення кримінального правопорушення, що встановлено обвинувальним вироком суду або постановою (ухвалою) про закриття кримінального провадження за не реабілітуючими підставами; 6) природна смерть, смерть від загального захворювання або самогубство (крім випадків, зазначених у п. 15 цього Порядку), що підтверджено висновками судово-медичної експертизи та/або відповідною постановою про закриття кримінального провадження.

Дуже поширеною є практика приховування роботодавцем трудового каліцтва. У цьому випадку нещасний випадок оформлюється не як трудове каліцтво, а як таке, що отримане працівником поза роботою («побутове»).

Така практика, на наш погляд, є хибною, адже законодавець створив правовий механізм захисту законних прав та інтересів працівника від протиправних дій роботодавця у таких випадках, який закріпив у п. 23 Порядку № 1232, згідно з яким нещасний випадок, про який своєчасно не повідомлено керівника підприємства чи роботодавця потерпілого або внаслідок якого втрата працездатності настала не одразу, розслідується і береться на облік згідно з цим Порядком протягом місяця після надходження заяви потерпілого чи уповноваженої ним особи, яка представляє його інтереси (незалежно від строку настання нещасного випадку).

У разі настання нещасного випадку необхідно пам'ятати про встановлені чинним законодавством **гарантії для працівника, який травмувався на виробництві**. Такими гарантіями є *заборона звільнення з посади до моменту встановлення стійкої втрати працездатності, заборона переведення на іншу роботу без згоди працівника, збереження за працівником середнього заробітку на весь час до встановлення стійкої втрати працездатності, заборона звільнення з роботи*, зокрема за ч. 2 ст. 40 Кодексу законів про працю України⁴.

Роботодавець, одержавши повідомлення про нещасний випадок, зобов'язаний протягом однієї години *передати з використанням засобів зв'язку та протягом доби на паперовому носії повідомлення про нещасний випадок*, оформлене за формою, визначеною у додатку 2 до Порядку № 1232, до Фонду соціального страхування⁵, керівникові первинної організації профспілки, керівникові підприємства, де працює потерпілий, якщо потерпілий є працівником іншого підприємства, органів державного пожежного нагляду у разі настання нещасного випадку внаслідок пожежі, закладові державної санітарно-епідеміологічної служби у разі виявлення гострого професійного захворювання (отруєння).

Протягом доби роботодавець зобов'язаний *утворити комісію у складі не менш як 3 осіб та організу-*

⁴ Далі за текстом — КЗпП.

⁵ Далі за текстом — Фонд.



вати проведення розслідування. До складу комісії входять керівник (спеціаліст) служби охорони праці або посадова особа, на яку роботодавцем покладено виконання функцій з охорони праці (голова комісії), представник Фонду за місцезнаходженням підприємства, представник первинної профспілки, а також представник підприємства, інші особи. До складу комісії не може входити безпосередній керівник робіт.

Комісія має скласти у 5 примірниках акт проведення розслідування нещасного випадку за формою Н-5 та акт про нещасний випадок, пов'язаний з виробництвом, за формою Н-1 і передати їх роботодавцєві для затвердження.

Саме складанню цих 2 документів необхідно приділити найбільше уваги, адже у можливих майбутніх судових спорах з працівником основною доказовою базою є саме ці 2 акти. Від того, наскільки якісно вони складені та які саме обставини у них відображені, і буде залежати результат розгляду справи судом. На цьому етапі роботодавцю необхідно в актах відобразити фактичні обставини, за яких стався нещасний випадок. Дуже часто працівники Фонду намагаються внести до актів обставини, які фактично роблять винним у настанні нещасного випадку роботодавця. Якщо причиною настання нещасного випадку є невиконання працівником своїх посадових обов'язків, інструкцій з охорони праці та інших документів з питань охорони праці, то зазначення фондом в акті додаткового винного в особі безпосереднього керівника працівника є не об'єктивним. Часто причиною залучення керівника як винного у настанні нещасного випадку з працівником є формальне посилення на здійснення керівником неналежного контролю за охороною праці під час виконання посадових обов'язків працівником. Така позиція є хибною і призведе до ризиків, що пов'язані з можливим стягненням з роботодавця, як винної в нещасному випадку з працівником сторони, матеріальної та моральної шкоди. За таких обставин суд може послатись на факт того, що актом встановлено і стороною не заперечується факт наявності вини в настанні нещасного випадку.

Звертаємо увагу, що у разі незгоди зі змістом акта член комісії підписує його з відміткою про наявність окремої думки, яку викладає письмово і додає до акта за формою Н-5 як його невід'ємну частину.

Крім того, як постраждалий, так і роботодавець мають можливість оскаржити акти Н-1 та Н-5 в судовому порядку.

Окремо необхідно звернути увагу на фактори, які стали причиною настання нещасного випадку. Якщо нещасний випадок стався під час виконання працівником певного виду робіт, що підпадає під визначення робіт підвищеної небезпеки, які визначені ст. 1187 Цивільного кодексу України⁶ та постановою Кабінету міністрів України від 26.10.11 р. № 1107 «Про затвердження Порядку видачі дозволів на виконання робіт підвищеної небезпеки та на експлуатацію (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки», відповідно є ризик того, що працівник звернеться до суду з позовом про відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки.

Проте судова практика, зокрема постанова Пленуму Верховного Суду України від 31.03.95 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», передбачає необхідність встановлювати судами правовідносини, які виникли між сторонами спору. Оскільки каліцтво на виробництві виникає під час виконання працівником своїх трудових обов'язків, то у питаннях відшкодування моральної шкоди необхідно застосовувати також ст. 237¹ КЗпП.

За приписами ст. 237¹ КЗпП відшкодування власником або уповноваженим ним органом моральної шкоди працівнику провадиться у разі, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.

Відповідно до ст. 38 Закону № 1105 ступінь втрати працездатності потерпілим устанавлюється МСЕК за участю Фонду і визначається у відсотках професійної працездатності, яку мав потерпілий до ушкодження здоров'я. МСЕК устанавлює обмеження рівня життєдіяльності потерпілого, визначає професію, з якою пов'язане ушкодження здоров'я, причину, час настання та групу інвалідності у зв'язку з ушкодженням здоров'я, а також необхідні види медичної та соціальної допомоги.

Залежно від ступеня втрати працездатності працівнику може бути також встановлено групу інвалідності.

⁶ Далі за текстом — ЦК.



У випадку встановлення працівнику групи інвалідності у роботодавця виникають додаткові зобов'язання перед таким працівником.

Перш за все, *особа з інвалідністю* — це особа зі стійким розладом функцій організму, що при взаємодії із зовнішнім середовищем може призводити до обмеження її життєдіяльності, внаслідок чого держава зобов'язана створити умови для реалізації нею прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити її соціальний захист (Закон України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні»).

Встановлена працівникові група інвалідності свідчить про обмеження чи втрату ним працездатності, але це не завжди свідчить про невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі.

З метою визначення відповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я роботодавець зобов'язаний керуватися довідкою до акта огляду МСЕК, на зворотньому боці якої зазначається висновок про умови та характер праці, а також індивідуальною програмою реабілітації інваліда.

Згідно зі ст. 172 КЗпП роботодавець зобов'язаний організувати навчання, перекваліфікацію і працевлаштування інваліда відповідно до медичних рекомендацій МСЕК, встановити на прохання інваліда неповний робочий день або неповний робочий тиждень та створити пільгові умови праці.

Звертаємо увагу, якщо у довідці до акта огляду МСЕК зазначено певні обмеження щодо умов та характеру праці, роботодавець зобов'язаний запропонувати працівникові іншу вакантну посаду чи легшу роботу, яка б відповідає висновкам, зазначеним у названій вище довідці.

Статтею 170 КЗпП на роботодавця покладено обов'язок перевести працівників, які за станом здоров'я потребують надання іншої, легшої роботи, на таку роботу за їх згодою та відповідно до медичного висновку тимчасово або без обмеження строку. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 40 КЗпП звільнення допускається за умови, що працівника, стосовно якого виявлено невідповідність займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, неможливо перевести за його згодою на іншу роботу, яка відповідає його стану здоров'я.

Якщо ухвалено рішення про переведення працівника на іншу роботу, слід ураховувати й вимоги ч. 1 ст. 114 та ч. 2 ст. 170 КЗпП. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 114 КЗпП під час переведення працівника на іншу

постійну нижчеоплачувану роботу за ним протягом двох тижнів від дня переведення зберігається попередній середній заробіток. Відповідно до ч. 2 ст. 170 КЗпП при переведенні за станом здоров'я на легшу нижчеоплачувану роботу за працівниками зберігається попередній середній заробіток протягом двох тижнів від дня переведення, а у випадках, передбачених законодавством України, попередній середній заробіток зберігається на весь час виконання нижчеоплачуваної роботи або надається матеріальне забезпечення за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням.

У разі відмови працівника — особи з інвалідністю від запропонованих або спеціально створених умов праці чи від переведення на інші посади чи роботи роботодавець може звільнити його за п. 2 ст. 40 КЗпП з дотриманням вимог законодавства.

При звільненні за п. 2 ст. 40 КЗпП передбачено виплату вихідної допомоги у розмірі не менше середнього місячного заробітку.

Рекомендуємо у цьому випадку додатково сповістити працівника у вигляді листа про його право згідно з пп. 2, 5, 6 ст. 16 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» на отримання в разі настання страхового випадку матеріального забезпечення, страхових виплат і соціальних послуг, передбачених цим Законом; послуги професійної реабілітації, включаючи збереження робочого місця, навчання або перекваліфікацію, якщо загальна тривалість професійної реабілітації не перевищує двох років; відшкодування витрат під час проходження медичної та професійної реабілітації на проїзд до місця лікування чи навчання і назад, витрат на житло і харчування, транспортування багажу, на проїзд особи, яка супроводжує. Порядок проходження навчання/перекваліфікації осіб з інвалідністю врегульовано Положенням про організацію професійної реабілітації (професійного навчання), перекваліфікації інвалідів внаслідок нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, затвердженого постановою правління Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України від 12.06.14 р. № 3.

Аналіз практики трудових спорів щодо звільнення на підставі п. 2 ст. 40 КЗпП вказує на її неоднозначність. У цілому звільнення можливе лише при відмові працівника від переведення на легку працю. Суди ак-



центують увагу на обов'язку роботодавця виконувати рекомендації МСЕК і не тільки пропонувати вакантні посади, а й адаптувати робоче місце під індивідуальну програму реабілітації інваліда.

Постановою Верховного Суду від 16.01.18 р. у справі № 212/6083/15-ц (провадження № 61-296св17), постановою Верховного Суду від 16.01.18 р. у справі № 203/4521/15-ц (провадження № 61-414св17) та постановою Верховного Суду від 05.05.18 р. у справі № 344/3966/16-ц (провадження № 61-2547св18) визнано законним звільнення працівника за п. 2 ст. 40 КЗпП та прописано такі висновки:

«Відповідно до ст. 69 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.92 р. № 2802 (зі змінами) індивідуальна програма реабілітації інваліда є обов'язковою для виконання органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, реабілітаційними установами, підприємствами, установами, організаціями, в яких працює або перебуває інвалід, незалежно від їх відомчої підпорядкованості, типу і форми власності.

Аналізуючи правові норми п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП та ч. 1 ст. 170 КЗпП, роботодавець може звільнити працівника у разі виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, що перешкоджає продовженню даної роботи, лише у випадках:

— за умови відмови працівника від переведення на іншу легшу роботу згідно з рекомендаціями медичного висновку відповідно до вимог ст. 170 КЗпП;

— якщо згідно з медичним висновком працівник визнається непрацездатним і не визначаються види робіт, які він може виконувати в силу такої його працездатності та необхідності охорони його здоров'я.

Неможливість належного виконання трудових обов'язків за станом здоров'я повинна бути підтверджена медичним висновком.

Аналіз вказаних вимог закону дає підстави зробити висновок, що обов'язок роботодавця запропонувати працівнику іншу, легшу роботу не є пов'язаним з можливостями роботодавця чи фактичною наявністю іншої роботи. Законодавець виходить із того, що роботодавець завжди має можливість використовувати працю осіб, які потребують за станом здоров'я переведення на іншу, легшу, роботу.

У разі виявленої невідповідності працівників займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, який перешкоджає продовженню цієї роботи, звільнити їх можна, лише якщо вони відмовляються від переведення на іншу, легшу роботу, тоді як звільнення інших працівників з підстав, зазначених у пп. 1, 2 і 6 ст. 40 КЗпП, допускається, якщо неможливо їх перевести на іншу роботу, оскільки така відсутня, чи в разі відмови працівників від такого переведення».

Сподіваємося, що вищевикладені практичні рекомендації та судова практика допоможуть у вирішенні спірних моментів між роботодавцем та працівником та допоможуть вийти з аналогічних ситуацій з найменшими втратами.



ПОДІЛ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ МІЖ СПІВВЛАСНИКАМИ



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

На сьогодні виявляється досить багато проблем, пов'язаних із поділом земель України на категорії. Незважаючи на формулювання ст. 19 Земельного кодексу України¹, яка визначає поділ земель на категорії саме за критерієм цільового призначення, такий підхід не завжди відповідає дійсності, оскільки земельні ділянки можуть належати до певної категорії не за їх цільовим призначенням, а, наприклад, за суб'єктом використання. На практиці найбільше питань викликає поділ такого виду нерухомого майна, як земельна ділянка, між подружжям.

Стаття 181 Цивільного кодексу України² однозначно виділяє лише один об'єкт нерухомості — земельну ділянку. Виходячи з цього, всі інші об'єкти, які визначаються як нерухомі, йдуть у невідривному зв'язку із земельною ділянкою за принципом цілісності об'єкта нерухомості з нею.

Земельна ділянка набуває статусу об'єкта права власності з моменту наділення її індивідуально визначеними ознаками як природного ресурсу, встановленими законодавством.

В Україні нині найголовнішою формою права власності є приватна власність. Спільна власність є різновидом права власності, ускладненим множинністю суб'єктів. Право спільної власності — правова форма об'єднання майна фізичних і юридичних осіб, держави, територіальних громад із метою співробітництва та взаємодопомоги, об'єднання їхніх зусиль у досягненні певних цілей.

Під правом спільної власності слід розуміти право власності двох або декількох осіб на той самий об'єкт (ч. 1 ст. 355 ЦК). Об'єктом права спільної власності, як

і будь-якого права власності, може бути індивідуально визначена річ або сукупність речей. Однак як об'єкт права спільної власності вони становлять єдине ціле. Відповідно земельна ділянка також може бути об'єктом спільної власності подружжя.

Частина 2 ст. 355 ЦК розрізняє два види спільної власності: спільну власність двох або більше співвласників із визначенням часток кожного з них у праві власності (спільна часткова власність) і власність двох або більше співвласників без визначення часток у праві власності (спільна сумісна власність)³.

Процедура **оформлення права власності на земельну ділянку** має особливий характер, що передбачає низку послідовних дій зацікавленого суб'єкта, що призводять до встановлення права цієї особи на земельну ділянку.

Оформлення права власності на земельну ділянку відбувається відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»⁴. Підсумком проведеної державної реєстрації визнається витяг із Державного реєстру

¹ Далі за текстом — ЗК.

² Далі за текстом — ЦК.

³ Поліщук Л. Форми права власності за законодавством України // Віче. 2011. № 14. С. 13-15 // URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/viche_2011_14_6.

⁴ Далі за текстом — Закон № 1127.



прав⁵ про проведену державну реєстрацію прав (ст. 21). Законом передбачена видача такого витягу в електронній формі, але за бажанням заявника можлива видача і в паперовій формі (ст. 21). Отримання правовстановлюючого документа має надзвичайно важливе значення, адже з того моменту, коли відбулася державна реєстрація земельної ділянки, суб'єкт набуває відповідних прав та обов'язків щодо неї⁶.

Зареєструвати власність чи інші права (оренду, сервітут, суперфіцій, емфітевзис тощо) на землю можна через місцевий центр надання адміністративних послуг⁷, який приймає документи для державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, або у нотаріуса. Саме після реєстрації в Держреєстрі речових прав на нерухоме майно виникає, змінюється чи припиняється відповідне право.

До 2013 року право власності на землю підтверджувалося державним актом про право власності на земельну ділянку, який можна було отримати в місцевому органі Держкомзему.

Наразі після включення даних про земельну ділянку до державного земельного кадастру та отримання в місцевому управлінні Держгеокадастру витягу з ДЗК, необхідно звернутися до місцевого ЦНАПу чи нотаріуса для реєстрації вашого права на земельну ділянку. У ЦНАПі можна зареєструвати право власності, оренди, сервітут, суперфіцій, емфітевзис, обтяження на нерухоме майно тощо.

Правила реєстрації прав на нерухоме майно, у тому

числі на земельну ділянку, встановлені Порядком державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 25.12.15 р. № 1127⁸.

Поділ земельної ділянки **відбувається** за ініціативою власника (наприклад, укладення договору між співвласниками) такої ділянки або в судовому порядку. Кожен зі способів поділу земельних ділянок повинен відповідати державним будівельним нормам і стандартам, а також, окрім цього, не порушувати можливість використання земельної ділянки **за цільовим призначенням**.

ПРОЦЕДУРНІ МОМЕНТИ ЩОДО ПОДІЛУ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ

Документи для здійснення поділу земельної ділянки:

- нотаріально засвідчена заява власника земельної ділянки та розроблена землевпорядною організацією технічна документація на поділ земельної ділянки;
- нотаріально засвідчена копія правовстановлюючого документа на земельну ділянку (державний акт, договір купівлі-продажу, договір дарування, договір міни тощо);
- копії ідентифікаційних даних власника (паспорт, ідентифікаційний номер);
- нотаріально засвідчений договір про поділ земельної ділянки між співвласниками.

Норма закону	Короткий аналіз
За ч. 6 ст. 79 ¹ ЗК формування земельних ділянок шляхом поділу та об'єднання раніше сформованих земельних ділянок, які перебувають у власності або користуванні, без зміни їх цільового призначення здійснюються за технічною документацією із землеустрою щодо поділу та об'єднання земельних ділянок	Під час проведення поділу земельної ділянки не можна змінити її цільове призначення. Процедуру зміни цільового призначення частини земельної ділянки можна розпочинати лише тоді, коли частка буде виділена в окрему земельну ділянку, яка буде зареєстрована у ДЗК, а право власності на неї — у Держреєстрі речових прав на нерухоме майно. Цільове призначення земельних ділянок, утворених у результаті поділу первісної земельної ділянки, не може змінитись, а залишається таким, як і в первісної земельної ділянки (до поділу)

⁵ Далі за текстом — Держреєстр.

⁶ Ільків Н. Оформлення права приватної власності на земельну ділянку: новели законодавства // Проблеми цивільного права і процесу. № 2. 2012. С. 122-131. С. 122.

⁷ Далі за текстом — ЦНАП.

⁸ Далі за текстом — Порядок № 1127.



Норма закону	Короткий аналіз
За ст. 110 ЗК поділ чи об'єднання земельних ділянок не припиняє дії обмежень, обтяжень, установлених на земельні ділянки, крім випадків, коли обмеження (обтяження) поширювалося лише на частину земельної ділянки, яка в результаті поділу земельної ділянки не увійшла до сформованої нової земельної ділянки	Поділ земельної ділянки не припиняє дію обмежень у її використанні. Усі встановлені обмеження будуть поширюватися на новоутворені земельні ділянки, крім випадків, коли обмеження поширювалося лише на частину земельної ділянки, яка в результаті поділу земельної ділянки не увійшла до сформованої нової земельної ділянки
Статті 9, 79 ⁹ , 83, 93, 116, 122, 186 ЗК, ст. 30 Закону України «Про оренду землі» ⁹ , ст. 56 Закону України «Про землеустрій» ¹⁰ , Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності» ¹¹	Поділ земельної ділянки, яка перебуває в оренді, на правах емфітевзису, суперфіцію, передана в іпотеку, оскільки обтяжена правами третіх осіб, буде можливим лише після отримання нотаріально засвідченої письмової згоди на це цих осіб. Після поділу земельної ділянки усі договори користування або застави мають бути переукладені
Стаття 42 ЗК визначає, що розміри та конфігурація земельних ділянок, на яких розташовані багатоквартирні будинки, а також належні до них будівлі, споруди та прибудинкові території, визначаються на підставі відповідної землевпорядної документації	Розмір земельної ділянки та її конфігурація не повинні створювати перешкод для її використання за цільовим призначенням. Поділ земельної ділянки відбувається за ініціативою власника (наприклад, укладення договору між співвласниками) такої ділянки або в судовому порядку. Кожен зі способів поділу повинен відповідати державним будівельним нормам і стандартам, а також, окрім цього, не порушувати можливість використання земельної ділянки за цільовим призначенням

Процедура поділу земельної ділянки:

- перевірка реєстрації земельної ділянки у ДЗК та реєстрації права власності на неї у Держреєстрі речових прав на нерухоме майно;
- укладення договору із землевпорядною організацією на виготовлення технічної документації із землеустрою щодо поділу земельної ділянки;
- проведення землевпорядною організацією топографо-геодезичної зйомки землі на місцевості та розробка відповідної технічної документації щодо поділу земельної ділянки;
- подання розробленої документації із землеустрою та заяви через ЦНАП державному кадастровому реєстратору відповідного територіального відділу Держгеокадастру про державну реєстрацію земельної ділянки;
- розгляд поданої заяви кадастровим реєстратором протягом 14 днів, за результатом якого проводиться державна реєстрація земельних ділянок та на-

даються витяги із ДЗК на кожен ділянку із зазначенням кадастрового номера;

- звернення до ЦНАПу за місцезнаходженням земельних ділянок або до нотаріуса з метою реєстрації права власності окремо на кожен новоутворену в результаті поділу земельну ділянку. Держреєстрація речових прав на земельні ділянки здійснюється після держреєстрації земельних ділянок у ДЗК. Держреєстрація прав суборенди, сервітуту, які поширюються на частину земельної ділянки, здійснюється після внесення відомостей про таку частину до ДЗК.

Держреєстрація права власності відбувається на підставі свідоцтва про право власності на кожен земельну ділянку і підтверджувальних витягів із Держреєстру речових прав на нерухоме майно.

Подружжя може бути суб'єктом майнових відносин, у тому числі відносин власності, як на загальних цивілістичних засадах, так і на підставі спеціальних умов, спричинених фактом перебування їх у шлюбі¹².

⁹ Далі за текстом — Закон № 161.

¹⁰ Далі за текстом — Закон № 858.

¹¹ Далі за текстом — Закон № 5245.

¹² Ариванюк Т. О. Правове регулювання відносин власності між подружжям: Автореф. дис. канд. юрид. наук. К.: б. в., 2002. 20 с. — С. 10.



Земельна ділянка як вид нерухомого майна належить подружжю на певних правових режимах. Виділяють законний та договірний правові режими майна.

Законний режим майна подружжя — це режим, який регулює майнові відносини осіб, які перебувають у шлюбі, заснований безпосередньо на нормах закону та діє, якщо договором не встановлено інше.

Законний режим майна подружжя можна поділити на режим спільності та режим роздільності. Але, крім законного режиму майна подружжя, є також договірний, який визначається вже домовленістю між подружжям.

Під договірним режимом майна подружжя слід розуміти режим, який заснований на їх домовленості й устанавлюється щодо майна, нажитого подружжям за час шлюбу, особистого майна кожного з подружжя та (або) майна, яке буде набуто подружжям у майбутньому, а також визначає долю майна і встановлює зобов'язання щодо взаємного утримання на випадок розірвання шлюбу.

Подружжя за час перебування у шлюбі набуває майно, яке відповідно до ч. 1 ст. 60 Сімейного кодексу України¹³ належить йому на праві спільної сумісної власності. Проте це не виключає того, що кожен із подружжя може мати майно і на праві приватної власності, тобто правовий режим спільної власності такого майна не стосується. Це, зокрема, майно: (а) яке належало кожному з подружжя до укладення шлюбу; (б) набуто кожним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування; (в) набуто нею/ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй/йому особисто (пп. 1 — 3 ч. 1 ст. 57 СК). Законодавець називає це таким майном, що є особистою приватною власністю дружини або чоловіка¹⁴.

Відповідно до ст. 61 СК об'єктами права спільної сумісної власності подружжя є будь-які речі, за винятком тих, які виключені з цивільного обороту. Це можуть бути квартири, жилі та садові будинки, земельні ділянки, транспортні засоби та ін.¹⁵

Що стосується права спільної сумісної власності, то тут частки у земельній ділянці як єдиному об'єкті, так і частки прав його учасників заздалегідь не визначені. Крім того, законом передбачено, що на праві спільної сумісної власності земельна ділянка може належати тільки громадянам. Тут не лише об'єднуються земельні ділянки, а й відбувається злиття прав усіх її учасників. Тому в цьому випадку земельна ділянка формується як цілісний об'єкт, внаслідок чого відбувається юридичне поєднання прав на неї, в результаті чого виникає право спільної земельної власності.

У ст. 86 ЗК передбачено, що земельна ділянка може перебувати у **спільній власності як із визначенням частки** кожного з учасників спільної власності (спільна часткова власність — ст. 87 ЗК), так і без визначення часток учасників спільної власності (спільна сумісна власність — ст. 89 ЗК). Але перелік підстав виникнення спільної часткової власності на земельну ділянку фактично розширюється іншими нормами законодавства. Так, ч. 4 ст. 120 ЗК передбачене виникнення права спільної часткової власності на земельну ділянку також у випадку придбання кількома особами будівлі або споруди¹⁶.

Але недоліками ст. 87 ЗК є відсутність вказівки на можливість виникнення права спільної часткової власності на земельну ділянку при приватизації земельних ділянок (наприклад, у випадку, якщо на земельній ділянці знаходиться будинок, що перебуває у власності кількох осіб). Це призводить до того, що з урахуванням положень п. «в» ч. 2 ст. 89 ЗК земельна ділянка надається співвласникам житлового будинку (навіть якщо будинок належить їм на праві спільної часткової власності) у спільну сумісну власність. Це істотно ускладнює використання земельної ділянки й особливо розпорядження часткою у праві власності на неї, яку спершу необхідно визначити¹⁷.

Таким чином, при формуванні земельної ділянки при спільній частковій власності кожному власнику визначається не лише конкретна частка певної земельної ділянки, але й права щодо неї.

¹³ Далі за текстом — СК.

¹⁴ Довбиш О. О. Джерела формування майна подружжя // Проблеми законності. 2013. Вип. 124. С. 212-220 // URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2013_124_25.

¹⁵ Корнієнкова К. Право спільної сумісної власності подружжя // Підприємництво, господарство і право: науково-практичний господарсько-правовий журнал. 2018. № 4. С. 42.

¹⁶ Паславська О. Особливості спільної власності на землю за законодавством України // Актуальні проблеми правознавства. Вип. 2(10). С. 74-78 // URL: <http://appj.tneu.edu.ua/index.php/appj/article/viewFile/142/143>.

¹⁷ Земельний Кодекс України: наук.-практ. коментар / А. М. Мірошніченко, Р. І. Марусенко // Всеукр. асоц. видавців. К.: Правова єдність, 2009. С. 217.

Також, здійснюючи право спільної часткової власності на земельну ділянку як майно, набуте у шлюбі, та об'єкт спільної сумісної власності, подружжя як співвласники мають право укласти договори не тільки щодо користування земельною ділянкою, а й щодо її поділу.

Дружина і чоловік **розпоряджаються майном**, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, за взаємною згодою. При укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Дружина або чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її/його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна згода другого з подружжя має бути надана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена. Договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, отримане за договором, використане в інтересах сім'ї.

Чинне сімейне законодавство України встановлює виняток із презумпції спільності майна подружжя у частині зобов'язань подружжя, на які поширюються окремі правила їх регулювання. Якщо речі та майнові права, набуті кожним із подружжя, вважаються спільними, то зобов'язання — ні. Національне сімейне право та особливо судова практика, змінивши свій підхід до об'єктів права спільної сумісної власності подружжя і визнавши такими об'єктами майно, зіткнулися з питанням про майнові зобов'язання як різновид майна в розумінні ст. 190 ЦК. За відсутності відповідних законодавчих положень національні суди почали пристосовувати для цих цілей юридичну конструкцію «договору в інтересах сім'ї».

Результати комплексного і логічного аналізу змісту і предмета регулювання ст. 61, 65, 73 СК да-

ють підстави стверджувати, що сфера застосування юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» обмежується випадками розпорядження спільними речами або спільними майновими правами подружжя, здійсненого одним із подружжя без згоди іншого. У таких випадках майно, отримане одним із подружжя за договором, і зобов'язання, які виникають у зв'язку з таким договором, будуть спільними для подружжя. При цьому в такий спосіб передусім здійснюється захист прав набувача майна подружжя за договором, укладеним лише одним із них¹⁸.

У випадку поділу майна між подружжям відповідна земельна ділянка поділу не підлягає. Оскільки ЗК виходить із позиції презумпції особистої (індивідуальної) власності на земельну ділянку, викладене вважається цілком правомірним з точки зору вітчизняної земельної доктрини. Потребує дослідження і раціональність особистої земельної власності з точки зору інтересів подружжя та сім'ї¹⁹.

Обставинами, що можуть **унеможливити поділ земельної ділянки**, є такі: недостатній розмір земельної ділянки; відсутність під'їзду до земельної ділянки; неможливість поділу житлового будинку, розташованого на земельній ділянці (поділ земельної ділянки, на якій розташований житловий будинок, можливий лише у тому разі, якщо житловий будинок технічно можливо поділити)²⁰.

При поділу або виділенні частки у праві на будівлю виникає питання щодо земельної ділянки, на якій вона розташована, та пропорційного розподілу прав на ділянку.

За п. 6.9 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.12 р. № 296/5²¹, одночасно з посвідченням договору про виділення частки в натурі (поділ) житлового будинку, будівлі або споруди, нотаріусом посвідчується договір про виділення частки земельної ділянки в натурі на місцевості. Але для посвідчення договору про виділення частки в натурі (поділ) житлового будинку, будівлі або споруди

¹⁸ Простибоженко О. С. Юридична конструкція «договору в інтересах сім'ї» у майнових правовідносинах подружжя: спроба концептуального осмислення // Часопис Київського університету права. 2015. № 3. С. 212-216 // URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2015_3_51.

¹⁹ Барабаш А. Г., Шломер А. І. Земельна власність дружини та чоловіка // Журнал східноєвропейського права. 2015. № 16. С. 48-54.

²⁰ Савчак В. Обставини, що унеможливають поділ земельної ділянки // Вісник Львівського національного аграрного університету. Серія: Економіка АПК. 2015. № 22(1). С. 194-202 // URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnau_econ_2015_22\(1\)_37](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnau_econ_2015_22(1)_37).

²¹ Далі за текстом — Порядок № 296/5.



разом з іншими документами нотаріусу подається нотаріально посвідчений договір про спільну часткову власність на земельну ділянку.

Деякі фахівці вважають, що для зміни правового режиму спільної власності подружжя зі спільної сумісної на спільну часткову достатньо нотаріально посвідчити договір про поділ майна подружжя, предметом якого є лише один об'єкт права власності (наприклад, квартира). При цьому правовим результатом такого договору буде не реальний поділ квартири на дві відокремлені частини, а визначення часток у праві власності на неї. Таким чином, з укладанням такого договору спільна власність не припиняється, а трансформується зі спільної сумісної на спільну часткову²².

СУДОВИЙ ПОРЯДОК ПОДІЛУ/ ВИДІЛЕННЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ

Частиною 1 ст. 356 ЦК передбачено, що власність двох або більше осіб із визначенням часток кожного з них у праві власності є спільною частковою власністю.

Відповідно до ст. 364, 367 ЦК кожен зі співвласників має право на виділення його частки майна, що перебуває у спільній частковій власності, в натурі або його поділ із дотриманням вимог ст. 183 цього Кодексу. Аналогічне положення закріплене у ч. 3 ст. 88 ЗК.

Володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою, яка перебуває у спільній частковій власності, здійснюється за згодою всіх співвласників згідно з договором, а в разі недосягнення згоди — у судовому порядку.

Для державної реєстрації права власності на нерухоме майно, що створюється шляхом поділу, виділення в натурі частки майна, яке перебуває у спільній власності та має наслідком припинення права спільної власності для усіх або одного зі співвласників, подаються:

- 1) договір про поділ спільного майна, договір про виділення у натурі частки зі спільного майна або відповідне рішення суду;
- 2) документи, передбачені п. 54 Закону № 1127, крім документа, що посвідчує право власності на не-

рухоме майно до його поділу або виділення в натурі частки.

У разі, коли в результаті **виділення в натурі частки майна**, що перебуває у спільній власності, у співвласників, які не здійснювали виділення в натурі частки, змінюється розмір часток у праві спільної власності, подається також письмова заява або договір співвласників про розподіл часток у спільній власності на таке майно.

Під час проведення державної реєстрації права власності на нерухоме майно, що залишається у спільній власності після виділення в натурі частки одного зі співвласників, державний реєстратор зазначає рівні частки у праві спільної часткової власності на таке майно, якщо інше не встановлено законом.

Правовий режим земельної ділянки тісно пов'язаний із правовим режимом будівель та споруд, які на ній розташовані. Не можна також залишати поза увагою статус будинку, садиби, які були побудовані (створені) подружжям за час шлюбу. Треба звернути увагу на специфіку правового регулювання такого об'єкта, як сімейний будинок, і зазначити, що відповідна специфіка не завжди враховується у процесі правового регулювання речових відносин у нашій державі²³.

Садибою є земельна ділянка разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. У разі відчуження житлового будинку вважається, що відчужується вся садиба, якщо інше не встановлено договором і законом. У визначенні садиби насамперед робиться посилання до земельної ділянки. Якщо земельна ділянка в порядку безкоштовної приватизації оформлена на чоловіка чи дружину, то інша особа мусить доводити, що саме (які об'єкти) на земельній ділянці побудовано за її безпосередньої участі. У випадку недостатності доказів, очевидно, власник земельної ділянки і власник садиби будуть збігатися в одній особі. А інший член подружжя матиме тільки право користування садибою.

За ст. 377 ЦК до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, в розмірах, установлених

²² Рябоконт Є. Інститут права спільної сумісної власності за цивільним законодавством України: поняття та особливості правового регулювання // Нотаріат для вас. 2010. № 1-2. С. 44.

²³ Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект): автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Х., 2006. С. 17.



договором. Якщо договором про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди розмір земельної ділянки не визначений, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, і на частину земельної ділянки, яка є необхідною для її обслуговування²⁴.

Спільною сумісною власністю подружжя, що підлягає поділу, можуть бути будь-які види майна, за винятком тих, які згідно із законом не можуть їм належати (виключені з цивільного обороту), незалежно від того, на ім'я кого з подружжя вони були придбані чи внесені грошовими коштами, якщо інше не встановлено шлюбним договором чи законом. Щодо поділу майна подружжя вважається, що частки майна чоловіка та дружини є рівними, якщо інше не визначено шлюбним договором або домовленістю між ними. Крім того, суд може відступити від засади рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення, зокрема, якщо один із них не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, приховав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї.

У разі, коли під час розгляду вимоги про поділ спільного сумісного майна подружжя буде встановлено, що один із них здійснив його відчуження чи використав його на власний розсуд проти волі іншого з подружжя і не в інтересах сім'ї чи не на її потреби або приховав його, таке майно чи його вартість враховується у поділі²⁵.

Так, за матеріалами справи № 334/2465/14-ц (постанова ВСУ від 01.11.17 р.)²⁶ у березні 2014 р. Особа 5 звернулася до суду з позовом до Особи 6 про виділення в натурі частини житлового будинку і встановлення порядку користування земельною ділянкою.

Особа 5 зазначила, що на підставі договору купівлі-продажу від 08.06.79 р. їй на праві власності належить 21/50 частина житлового будинку за Адресою 1. Власником іншої частини будинку є відповідачка. Зазначений будинок розташований на земельній ділянці загальною площею 598 м². Між ними склався порядок користування будинком.

Позивачка просила виділити в натурі з майна, що перебуває у спільній частковій власності з відповідачкою, 21/50 частину будинку та частину земельної ділянки, яка відповідає її частці у володінні будинком.

Надалі позивачка змінила свої вимоги та з урахуванням перерозподілу часток просила виділити їй у натурі 29/100 частин спірного житлового будинку, а відповідачці (Особі 6) — 71/100 частину відповідно до варіанта розподілу, зазначеного у висновку експерта від 3.03.15 р., стягнути згідно зі ст. 377 ЦК з Особи 6 на її користь грошову компенсацію у розмірі 33400 грн. та визначити порядок користування спірною земельною ділянкою, виділивши їй у користування частину згідно з варіантом № 3, зазначеним у висновку експерта.

Заочним рішенням Ленінського районного суду м. Запоріжжя від 27.04.15 р. позов Особи 5 було задоволено.

Додатковим рішенням цього ж суду від 22.10.15 р. Особі 6 виділено в натурі в рахунок її частини у житловому будинку в користування земельну ділянку площею 346,84 м², позначену як «S-1».

Рішенням Апеляційного суду Запорізької області від 17.11.15 р. зазначені заочне та додаткове рішення суду першої інстанції в частині позовних вимог Особи 5 про виділення в натурі 29/100 частини житлового будинку скасовані та ухвалене у цій частині нове рішення, яким у задоволенні позовних вимог відмовлено. У решті рішення та додаткове рішення суду першої інстанції залишені без змін.

Ухвалою ВСС від 11.04.2016 р. касаційну скаргу Особи 6 відхилено, рішення суду першої інстанції в некасованій частині та рішення суду апеляційної інстанції залишені без змін.

У поданій до ВСУ заяві про перегляд судових рішень Особа 6 просить скасувати ухвалені у справі судові рішення в частині позовних вимог про встановлення порядку користування земельною ділянкою та направити справу в цій частині на новий розгляд до суду першої інстанції з передбаченої п. 4 ч. 1 ст. 355 ЦПК підстави невідповідності рішення суду касаційної

²⁴ Барабаш А. Г. Земельна власність дружини та чоловіка. Там само. С. 48-54.

²⁵ Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму ВСУ від 21.12.07 р. № 11 // URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/77AB81E04FE88E74C22573CB003C4B99?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=77AB81E04FE88E74C22573CB003C4B99>.

²⁶ Див. ЄДРСР: // URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71344013>.



інстанції викладеному в постанові ВСУ висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права, а саме: ст. 120, 125 ЗК та ст. 377 ЦК.

На підтвердження зазначеної підстави подання заяви про перегляд судових рішень Особа 6 посилається на постанови ВСУ від 11.02.15 р. та від 13.04.16 р.

Заслухавши доповідь судді, перевіrivши наведені в заяві доводи, Судова палата у цивільних справах ВСУ вважає, що заява про перегляд оскаржуваного судового рішення в зазначеній частині підлягає задоволенню з огляду на таке.

Відповідно до ст. 353 ЦПК ВСУ переглядає судові рішення у цивільних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

За положенням п. 4 ч. 1 ст. 355 ЦПК підставою для подання заяви про перегляд судових рішень у цивільних справах є невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції викладеному в постанові ВСУ висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права.

У справі, яка переглядається, суди встановили, що Особі 5 на підставі договору купівлі-продажу від 08.06.79 р., посвідченого нотаріусом другої Запорізької державної нотаріальної контори, зареєстрованого в реєстрі за № 3723, на праві приватної власності належить 21/50 частка житлового будинку із надвірними будівлями, що розташовані на земельній ділянці площею 598 м² за Адресою 1. ТОВ «Запорізьке МБТ» право власності Особи 5 на 21/50 частину будинку зареєструвало 13.06.79 р. за № 17239.

Власником 29/50 частин цього ж будинку на підставі договору дарування від 03.07.08 р. є відповідачка Особа 6.

Рішенням Виконавчого комітету Запорізької міської ради № 22 від 13.07.59 р. за зазначеним житловим будинком закріплено площу землекористування у розмірі 598 м².

Згідно з висновком експертизи житловий будинок складається із двох відокремлених квартир: квартири № 1, яка перебуває у користуванні Особи 6, та квартири № 2, яка перебуває у користуванні Особи 5.

Скасовуючи рішення та додаткове рішення суду першої інстанції в частині позовних вимог Особи 5 про виділення в натурі 29/100 частини житлового будинку та ухвалюючи в цій частині нове рішення про відмову в позові, суд апеляційної інстанції, з висновками якого погодився суд касаційної інстанції, виходив із того,

що спорудження господарських будівель не є підставою для збільшення встановленого раніше розміру часток у праві власності на будинок; при здійсненні перебудов житлового будинку вимоги про перерозподіл часток співвласників у праві спільної часткової власності з виділенням у натурі новостворених часток, про що відсутня згода кожного зі співвласників, не підлягають задоволенню.

При цьому, залишаючи рішення та додаткове рішення суду першої інстанції без змін у частині визначення порядку користування земельною ділянкою, суд апеляційної інстанції, з висновками якого в цій частині погодився суд касаційної інстанції, виходив із того, що такий порядок відповідає розміру часток співвласників у вартості будинку, господарських будівель і споруд на час виникнення права власності на них.

Надана Особі 6 постанова ВСУ від 13.04.16 р. не може бути прикладом невідповідності рішення суду касаційної інстанції викладеному в постанові ВСУ висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права, оскільки у справі, за результатом розгляду якої її ухвалено, предметом спору було визнання недійсними рішень і державного акта на право постійного користування земельною ділянкою.

Разом із тим у постанові ВСУ від 11.02.15 р. викладено правову позицію, згідно з якою за відсутності цивільно-правової угоди щодо земельної ділянки слід застосовувати положення ч. 4 ст. 120 ЗК, за правилами якої особа, яка набула права власності на частину будівлі чи споруди, стає власником відповідної частини земельної ділянки на тих самих умовах, на яких вона належала попередньому власнику, якщо інше не передбачено в договорі відчуження нерухомості.

Отже, існує неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах.

Вирішуючи питання про усунення зазначеної невідповідності, Судова палата у цивільних справах ВСУ виходить із такого.

Відповідно до ст. 90 ЗК (у редакції, що діяла на момент укладення договору купівлі-продажу частини будинку) на землях міст при переході права власності на будівлю переходить також і право користування земельною ділянкою або її частиною. При



переході будівлі у власність кількох осіб земельна ділянка переходить у користування всіх співвласників будівлі.

Оскільки володіння та порядок користування земельною ділянкою, що перебуває у спільній частковій власності, в тому числі тією, на якій розташовані належні співвласникам житловий будинок, господарські будівлі та споруди, визначається насамперед їхньою угодою залежно від розміру їхніх часток у спільній власності на будинок, то при застосуванні ст. 88 ЗК при вирішенні спорів як між ними самими, так і за участю осіб, які пізніше придбали відповідну частку у спільній власності на землю або житловий будинок, слід брати

до уваги цю угоду. Це правило стосується тих випадків, коли житловий будинок поділено в натурі.

За правилом ч. 2 ст. 120 ЗК, якщо житловий будинок, будівля або споруда розташовані на земельній ділянці, яка перебуває у користуванні, то в разі набуття права власності на ці об'єкти до набувача переходить право користування земельною ділянкою, на якій вони розташовані, на тих самих умовах і в тому ж обсязі, що були у попереднього землекористувача.

Поділ земельної ділянки в Україні є досить актуальним, і слід забезпечити прозору державну реєстрацію прав на землю для кожного із співвласників після такої процедури.

ПОРУШУЮТЬ ТВОЇ ПРАВА?



КОМІТЕТ ЗАХИСТУ
ПРАВ АДВОКАТІВ НААУ

 телефонуй

(067) 692-44-43*

**гаряча лінія працює цілодобово*





КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС У КОНТЕКСТІ ВИМОГ КОНСТИТУЦІЇ ТА ДЕЯКИХ РІШЕНЬ КСУ



Олег Несінов, адвокат, автор книги «Складові успіху в кримінальному процесі»

Ні для кого не секрет, що Конституція є Основним Законом країни, має найвищу юридичну силу з нормами прямої дії, а закони та інші нормативно-правові акти повинні їй відповідати (ст. 8 Конституції України). При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22), а конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією (ст. 64). Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції, ст. 8 КПК).

Кримінальне процесуальне законодавство складається з відповідних положень Конституції (ч. 1 ст. 1 Кримінальний процесуальний кодекс України¹), завданням якого, крім іншого, є охорона прав, свобод, законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування, судового розгляду, була застосована належна правова процедура (ст. 2 КПК). Загальні засади кримінального провадження зазначені в ст. 7 КПК.

Конституційний Суд України² як орган конституційної юрисдикції здійснює офіційне тлумачення Конституції України (ст. 127 Конституції, ст. 1 Закону України «Про Конституційний Суд»). Його висновки та рішення є обов'язковими (ст. 151² Конституції України). Які обов'язкові ознаки має демонструвати правосуддя, та кримінальний процес зазначено в декількох рішеннях КСУ.

У рішенні від 23.05.01 р. № 6-рп/2001 КСУ зазначив, що *право на судовий захист належить до основних, невідчужуваних прав і свобод людини і громадянина та відповідно до ч. 2 ст. 64 Конституції України не може бути обмежене навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (абз. 4 п. 3 мотивувальної частини), а недосконалість інституту судового конт-*

ролю за досудовим слідством не може бути перепорою для оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів державної влади (абз. 6 п.п. 4.2 п. 4 мотивувальної частини). Системний аналіз положень КПК, зокрема тих, які визначають його завдання та унормовують порядок оскарження рішень чи дій суб'єктів владних кримінально-процесуальних повноважень, дає підстави для висновку про можливість оскарження до суду не тільки рішень і дій прокурора, слідчого, органу дізнання, але й їхньої бездіяльності.

У п. 3.2 рішення КСУ № 16-рп/2009 у справі № 1-17/200930 зазначено, що до повноважень судів загальної юрисдикції відноситься судовий контроль за забезпеченням дотримання законності в діяльності правоохоронних органів в період досудового слідства. Метою судового контролю є **своєчасне** забезпечення захисту та охорони прав та свобод людини та громадянина.

У п. 9 мотивувальної частини рішення КСУ від 30.01.03 р. № 3-рп/2003 зазначено, що за своєю суттю правосуддя визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує **ефективне** поновлення в правах.

Таким чином, забезпечення прав та свобод учасників кримінального процесу, належна правова

¹ Далі за текстом — КПК.

² Далі за текстом — КСУ.



процедура має забезпечуватися судовим контролем за діяльністю правоохоронних органів, демонструвати **своєчасність та ефективність** забезпечення та поновлення прав.

Лише за таких умов досудове розслідування здатне забезпечити об'єктивність, всебічність, а судовий процес може вважатися правосуддям.

Чи відповідають діючі норми КПК та судова практика цим вимогам? Моя позиція однозначна — ні.

Аналіз положень КПК щодо надання можливості для ефективного захисту та практики дотримання вимог Конституції та рішень КСУ на різних стадіях кримінального процесу

1. Стадія внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань³.

Досудове розслідування починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР (п. 5 ч. 1 ст. 3, ч. 2 ст. 214 КПК). Законодавець встановив, що слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення зобов'язані внести такі відомості до ЄРДР та почати розслідування.

Потрібно звернути увагу, що для внесення відомостей до ЄРДР достатньо навіть того, щоб зазначені обставини навіть не свідчили, а лише могли свідчити, про вчинення кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 214 КПК).

У п.п. 1.1 **Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування»** від 12.01.17 р. № 9-49/0/4-17⁴ зазначено, що <...> обов'язок слідчого або прокурора не вимагає оцінки цими суб'єктами такої заяви (повідомлення) на предмет наявності ознак складу злочину для того, щоб вчинити процесуальну дію, яка полягає у внесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Наведене підтверджується імперативними положеннями ч. 4 ст. 214 КПК, згідно з якою відмова у прийнятті та реєстрації заяви

чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається.

Начебто все зрозуміло. А чи виконуються ці вимоги, та чи контролюється це виконання належним чином?

На практиці, з одного боку, ті заяви, які вносять правоохоронні органи за власною ініціативою та дуже часто за вигаданими підставами, за нормами КПК взагалі не підлягають судовому оскарженню, а відповідно і судовому контролю. Що дозволяє тримати на гачку будь-кого. З іншого боку, ті заяви, що ініціюються громадянами, в тому числі проти службових осіб, часто і системно в ЄРДР не вносяться за вигаданими мотивами. По суті, такі дії мають ознаки зловживання, але, як правило, не приводять до жодних покарань порушників, що, у свою чергу, стимулює подальші порушення.

Суди, як правило, задовольняють скарги на бездіяльність у вигляді невнесення відомостей до ЄРДР, але: по-перше — не завжди; по-друге — навіть за наявності судового рішення, що зобов'язує внести до ЄРДР певні відомості, і такі вимоги часто або не виконуються, або спотворюються, вносяться інші дані, ніж у заяві про злочин, з іншою кваліфікацією тощо.

Так, наприклад, Д. подав до суду скаргу на невнесення відомостей до ЄРДР щодо злочину їх колишнього слідчого. Слідчий суддя задовольнив скаргу й зобов'язав місцеву поліцію внести відомості про злочин, зазначені в заяві Д. Поліція внесла дані до ЄРДР, але за іншою кваліфікацією, не вказавши жодних обставин, зазначених у заяві про злочин, ім'я особи тощо. Таким чином, вимоги ухвали слідчого судді про внесення до ЄРДР саме даних заяви про злочин не виконані.

Д. повторно подав скаргу на бездіяльність місцевої поліції щодо невнесення до ЄРДР даних, зазначених саме в його заяві про злочин, незважаючи на наявність з цього приводу ухвали слідчого судді.

Слідчий суддя (у справі № 183/4717/18; провадження № 1-кс/183/979/18) відмовив в задоволенні скарги — обґрунтовуючи тим, що КПК наділяє слідчого суддю повноваженнями на розгляд скарг саме щодо невнесення до ЄРДР і не надає повноважень на розгляд скарг щодо внесення до ЄРДР додаткових і уточнюючих відомостей згідно з повідомленнями заявника.

Таким чином, дієвий судовий контроль за бездіяльністю правоохоронних органів не відбувся.

³ Далі за текстом — ЄРДР.

⁴ Затверджено зборами суддів Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ 23.12.16 р.



Звертаю увагу, що в діючому КПК норма, яка надавала можливість судам виносити окремі ухвали щодо системних або грубих порушень закону, виключена, чим правоохоронним органам надана можливість для ухилення від ефективного судового контролю.

Передбачена ч. 1 ст. 40, ч. 3 ст. 214 КПК відповідальність до винних у порушеннях майже не застосовується. Таким чином, своєчасності та ефективності судового контролю за діями правоохоронців на цій стадії процесу не забезпечено.

2. Стадія досудового розслідування.

а) До пред'явлення підозри в кримінальному процесі взагалі не існує протилежної сторони (сторони захисту). За умов її відсутності, як головного ініціатора скарг та заперечень на дії (бездіяльність) слідчого, прокурора, розслідування ведеться майже безконтрольно, що ніяк не сприяє його об'єктивності та всебічності.

Законодавством та практикою створені умови, коли сторона обвинувачення має можливість навмисно не пред'являти підозру, навіть у ситуації, коли в процесуальних документах зазначає певну особу як таку, що скоїла злочин. За таких умов потенційний підозрюваний (обвинувачений) фактично позбавлений будь-яких прав щодо захисту від такого розслідування. А коли особі пред'являють підозру, розслідування, як правило, вже завершується і часу на захист не залишається. Це ставить сторону захисту по відношенню до сторони обвинувачення у нерівні умови, а дії сторони обвинувачення залишаються поза судовим контролем.

б) Стаття 303 КПК, на мою думку, в явній неконституційній спосіб звужує можливість оскарження певних дій слідчого та прокурора та відтерміновує можливість оскарження більшості з них на стадії підготовчого провадження у суді (ч. 2 ст. 303 КПК). Крім того що такі правила не відповідають вимогам забезпечення можливості своєчасного та ефективного поновлення прав, за умови, що кримінальне провадження до суду направлено не буде, дії та бездіяльність слідчого й прокурора в багатьох питаннях взагалі залишаються поза межами судового контролю.

На жаль, КСУ від надання оцінки конституційності цієї статті самоусунувся, зазначивши, що <...> відсутність законодавчого регулювання та неузгодженість положень КПК не є належним обґрунтуванням неконституційності положень ст. 303, ч. 3 ст. 307, ст. 309, ч. 4 ст. 399 КПК у контексті вимог п. 6 ч. 2 ст. 55 Закону України «Про Конституційний Суд України». Вирішення вказаних питань є прерогативою Верховної Ради України, а отже, вони не можуть бути предметом розгляду КСУ (Ухвала Другого сенату КСУ від 26.06.18 р. у справі № 3-51/2018(3306/17)).

в) Відсутність ефективного судового контролю за діями правоохоронних органів на стадії досудового розслідування підтверджується й неймовірним збільшенням кількості обшуків. Так, за даними, наведеними в «Судово-юридичній газеті» 15.03.18 р.⁵, кількість клопотань, що надійшли до суду стосовно проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, у 2017 році становило 118 884, що в порівнянні в **45 разів більше**, ніж у 2012 році! Приблизно 85 % таких клопотань задовольняється судами. Разом з тим, незважаючи на такий натиск з боку правоохоронців, якість розкриття злочинів жодним чином не покращилась. Вочевидь, можна констатувати, що ми на вірному шляху побудови поліцейської держави.

Вважаю, що термінові зміни, внесені до КПК з 16.03.18 р., в питанні обшуків також підтверджують достовірність цієї статистики.

г) Відсутність ефективного судового контролю за діями правоохоронних органів на стадії досудового розслідування підтверджується й тим фактом, що після того як прокуратура втратила функції досудового розслідування, за ствердженням «Судово-юридичної газети»⁶, за 8 місяців 2018 року почала 1083 нових кримінальних проваджень.

Це робиться незважаючи на те, що неможливість такого розслідування визнається самою Генеральною прокуратурою. Так, на сайті Генеральної прокуратури України від 20.11.17 р. розміщена інформація⁷ про те, що слідчі прокуратури не мають права розслідувати нові кримінальні провадження, тобто ті, відомості щодо яких внесені до ЄРДР після 20.11.17 р.

⁵ Див. за посиланням: URL: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/116072-statistika-schodo-obshukiv-vrazhaye>.

⁶ Див. за посиланням: URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/125952-v-prokurature-prodolzhayut-vypolnyat-funksii-dosudebnogo-rassledovaniya>.

⁷ Див. за посиланням: URL: https://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_c=view&_t=rec&id=219365.



Саме з таким фактом я стикаюся зараз, здійснюючи захист у кримінальному провадженні від 26.07.17 р.

І судді не поспішають надавати цьому порушенню оцінку, намагаючись відкласти вирішення цього питання на майбутнє.

д) Інколи слідчі судді не тільки не виконують своїх функцій контролю, що передбачені п. 18 ч. 3 ст. 3 КПК, а навпаки, діють як сторона обвинувачення.

Так, у п. 57 ухвали Верховного Суду у складі Кримінального касаційного суду від 06.03.18 р. у справі № 243/6674/17-к⁸ зазначено, що *за пошуковим запитом в ЄДРСР за виразом «позапланова перевірка» із застосуванням фільтрів «кримінальна справа», «перша інстанція» та обмеженням періоду ухвалення (постановлення) «з 15.07.2015» система знаходить більш ніж 15000 рішень. Така кількість справ свідчить про поширеність використання правоохоронними органами звернень до слідчих суддів за дозволом про проведення позапланової перевірки після виключення із КПК відповідних повноважень слідчого і прокурора.*

У п. 76 цього ж рішення зазначено, що *надаючи дозвіл на проведення позапланової перевірки, слідчий суддя діє не як судовий орган, що запобігає можливим порушенням з боку органів розслідування, а як орган розслідування, оскільки фактично ініціює цю перевірку, надаючи слідчому або прокурору повноваження, яких вони за законом позбавлені.*

Таким чином, Верховний Суд визнав, що у численних випадках слідчі судді замість ефективного судового контролю за діями правоохоронних органів виконували функції другого обвинувачення.

Не важко здогадатися, що як і у випадку з обшуками, іншими порушеннями прав громадян, за ці тривалі незаконні дії покарання ніхто не понесе, а порушені права громадян такими і залишаться.

Як це відповідає вимогам ст. 3 Конституції України — про те, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, судить самі.

е) Інший випадок — у кримінальному провадженні № 183/2052/17; 1-кк/183/828/17, слідча суддя, незважаючи на те, що строк тримання під вартою Д. 1,5 го-

дини як закінчився, не звільнила його, а тримала Д. та усіх учасників процесу до пів на другу ночі, аж доки не продовжила строк тримання під вартою.

Проте скарги захисту на слідчого та прокурора в цьому ж провадженні, клопотання про зміну запобіжного заходу більше місяця знаходились без розгляду, **аж поки обвинувальний акт не був переданий для розгляду по суті**, після чого провадження було закрито (справа 183/2052/17; 1-кк/187/895/17). У чому й проявились дії та бездіяльність на користь обвинувачення.

ж) Факт установлення ЄСПЛ системних порушень в питаннях обрання та продовження строків тримання під вартою (пілотне рішення «Харченко проти України», «Соловей і Зозуля проти України», «Ігнатов проти України» та інші) також свідчить про невиконання слідчими суддями та судами функцій контролю за діяльністю правоохоронних органів. Про це йдеться і в рішенні КСУ від 23.11.17 р. № 1-р/2017. Але ситуація на краще не змінюється.

з) На мою думку, безконтрольності та безкарності дій правоохоронних органів сприяє також і вимога ч. 2 ст. 305 КПК, в якій передбачено, що при усуненні порушень провадження за скаргою закривається. Тим самим факт такого порушення судом не визнається, а тому й не має наслідком для порушника жодної відповідальності.

і) Крім того, оскарження дій або бездіяльності ключових осіб — керівника органу досудового розслідування (п. 8 ч. 1 ст. 3 КПК), керівника органу прокуратури (п. 9 ч. 1 ст. 3 КПК), що фактично вирішують долю та перспективу кримінального провадження — в КПК також не передбачено.

Ці особи, на мій погляд, безпідставно не включені до переліку учасників кримінального процесу, хоча на практиці відіграють визначальну роль у ключових питаннях досудового розслідування і мають значні права та повноваження відносно слідчого та прокурора — процесуального керівника (ст. 36, ч. 1 ст. 37, ст. 39, ч. 1 ст. 214 КПК).

к) КПК також не передбачив можливості оскарження об'єднання та виділення кримінальних проваджень, що є підставою для зловживань та корупції.

Так, у кримінальному провадженні від 26.07.17 р. в окреме провадження виділені матеріали стосовно А.,

⁸ ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72670536>.



який в один і той же час та в тому саме місці, стосовно того самого потерпілого скоїв абсолютно аналогічні дії, що інкримінуються двом іншим особам. Стосовно двох осіб матеріали направлені до суду, а виділені матеріали стосовно А. направлені в інший орган, жодного розслідування по ньому не проводиться, жодного разу А. для допиту не викликався. Судовий контроль за такими очевидно незаконними, з ознаками корупції діями відсутній.

л) Однак якщо незгода з деякими рішеннями слідчих суддів може включатися у вигляді заперечень на підготовчому провадженні в суді (ч. 3 ст. 309 КПК), то рішення суддів апеляційного суду з контролю за рішеннями слідчих суддів — не оскаржуються і в жоден спосіб не контролюються, що також надає привід для зловживань.

Наприклад, у справі № 183/2052/17; провадження № 1-кс/183/717/17, слідчий суддя постановив ухвалу, обравши Л. запобіжний засіб у вигляді тримання під вартою, посилаючись на безпосередній допит у суді свідка та стверджуючи, що встановлена відсутність причинного зв'язку між показаннями свідка, іншими матеріалами та твердженнями про наявність ризику, передбаченого п. 3 ч. 1 ст. 177 КПК. <...> Таким чином, мотивувальна частина судового рішення суперечила висновку про необхідність обрання Л. запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Не беручи участі у цьому судовому засіданні, я в подальшому звернув увагу на це апеляційного суду. Останній без наявності апеляції прокурора, своєю ухвалою від 04.10.17 р. (справа № 183/2052/17; провадження № 11-сс/774/1179/17) скасував ухвалу слідчого судді та постановив свою ухвалу, в якій, не допитуючи цього свідка безпосередньо, виключив висновки суду першої інстанції про відсутність ризиків, передбачених п. 3 ч. 1 ст. 177 КПК, та зазначив про їх наявність, залишивши Л. під вартою.

Тим самим апеляційний суд, не маючи на це повноважень, погіршив положення Л. щодо обґрунтувань підстав тримання під вартою. Це можна розцінювати як очевидні дії на користь сторони обвинувачення. Можу стверджувати, що такі порушення є системними та неконтрольованими.

Для довідки: приблизно через 3 місяці та після численних судових оскаржень мені все ж вдалося досягти звільнення Л. з-під варту, і вже більше року він знаходиться без-будь якого запобіжного заходу.

м) Очевидно, що неможливість оскарження певних судових рішень не означає, що вони можуть бути свавільними. А тому контроль за їх законністю мала би забезпечувати Вища рада правосуддя. Але скарги до неї не стали ефективним засобом реагування на незаконні дії (рішення) суддів. Зі скарг колег та власної практики можу стверджувати, що в більшості випадків скарги на дії суддів або взагалі не розглядаються, або в такому розгляді безмотивовано відмовляють.

Вважаю, що діяльність цього органу є непрозорою та вибірковою. Оскільки публічного аналізу ефективності діяльності попереднього органу — Вищої ради юстиції — не було (а саме за неефективності роботи цього органу значно зросла недовіра до судової влади, а Україна стала першою за кількістю звернень до ЄСПЛ), підстав вважати, що Вища рада правосуддя буде працювати краще, немає.

Таким чином, на стадії досудового розслідування створені умови, коли розслідування інколи слугує гачком для громадянина, може тягнутися тривалий час, проводиться майже безконтрольно, до змісту обвинувачення часто вносяться заздалегідь неправдиві, викривлені та нічим не підтвержені твердження. В обвинуваченого, сторони захисту, а іноді й у потерпілого, та інших учасників процесу, можливості для ефективного та своєчасного поновлення прав майже не існує.

3. Стадія підготовчого судового провадження.

а) Законодавцем надано право розглядати скарги на інші, ніж передбачені ст. 303 КПК, дії та бездіяльність слідчого, прокурора (ч. 2, 3 ст. 303 КПК).

Проте в останньому абзаці ч. 4 ст. 291 КПК зазначено, що надання інших документів (крім обвинувального акта з додатками) до початку судового розгляду забороняється. І ця вимога адресована всім учасникам кримінального процесу.

Оскільки підготовче судове засідання не є стадією судового розгляду (ст. 347 КПК), а надавати будь-які матеріали на цій стадії учасникам кримінального процесу заборонено (ч. 4 ст. 291 КПК), то розгляд скарг на дії, бездіяльність слідчого прокурора — за відсутності в суду будь-яких матеріалів на підтвердження доводів, **заздалегідь приречений на відмову у задоволенні.**

Більш того, така відмова надає можливість для сторони обвинувачення у подальшому при судовому розгляді заявляти, що це питання вже вирішено.



Отже, не тільки ефективного, а жодного судового контролю за діяльністю правоохоронних органів, за всебічністю, повнотою, об'єктивністю досудового розслідування і на цій стадії судового розгляду не відбувається. І сторона захисту вкотре позбавлена прав та можливостей для ефективного поновлення своїх прав.

З вищенаведених підстав аналогічний результат можна очікувати і стосовно розгляду заперечень на рішення слідчого судді, що не оскаржуються в період досудового розслідування (ч. 3 ст. 309 КПК).

б) Позиція щодо **неефективності** такого засобу оскарження підтверджена в пп. 72, 73 ухвали Верховного Суду у складі Кримінального касаційного суду від 06.03.18 р., справа № 243/6674/17-к⁹, де зазначено, що *в судовій практиці трапляється думка, що питання законності рішень слідчого судді може бути вирішеним під час підготовчого провадження в суді. Однак зазначене провадження не буде ефективним засобом захисту від можливого порушення.*

По-перше, не у всіх випадках кримінальні справи, в яких були здійснені позапланові перевірки, будуть передані до суду з обвинувальним актом.

По-друге, підготовче засідання у суді першої інстанції, навіть якщо обвинувальний акт переданий до суду, може відбутися запізно для того, щоб бути здатним виправити порушення.

По-третє, під час підготовчого судового засідання суддя не має повноважень вчиняти дії і приймати рішення, які можуть привести до виправлення порушення Конвенції, спричиненого таким втручанням з боку держави.

Таким чином, навіть Верховний Суд визнав, що передбачена КПК можливість оскарження певних дій та бездіяльності на стадії підготовчого провадження **не є ефективним засобом судового контролю.**

в) Окрім того, таке реагування суду на порушення сторони обвинувачення, як повернення обвинувального акта прокурору, на практиці застосовується все менше. Тому що судді апеляційної інстанції можуть діяти на користь сторони обвинувачення та скасовують ухвали судів першої інстанції, виправдовуючи численні порушення обвинувального акта можливістю подальшої зміни обвинувачення або тим, що ці порушення нібито не є істотними та не перешкоджають судовому розгляду тощо.

Тоді як ч. 3 ст. 314 КПК надає судді право повернути обвинувальний акт прокурору, якщо він не відповідає вимогам КПК, без умов істотності, суттєвості таких порушень чи якихось інших.

Наприклад, в ухвалі від 26.09.18 р. Апеляційного суду Дніпропетровської області (справа № 206/3379/18; провадження № 11-кп/774/1693/18) зазначено, що *за приписами ч. 3 ст. 314 КПК суд має право із стадії підготовчого судового розгляду повернути обвинувальний акт прокурору в тому випадку, якщо він не відповідає вимогам цього Кодексу, тобто за наявності таких порушень вимог процесуального закону, які перешкоджають призначенню справи до судового розгляду.*

Як бачимо, Апеляційний суд вигидає власні не встановлені КПК умови повернення обвинувального акта прокурору у вигляді перешкоджання призначенню справи до розгляду, які ст. 314 КПК не встановлені, тим більше що термін «не перешкоджають призначенню» законодавчо не визначений.

Такі обґрунтування є підтвердженням дій суду на користь правоохоронних органів, а не виконання функцій контролю за діяльністю останніх.

4. Стадія судового розгляду.

а) Судами також не забезпечується вимога своєчасного та ефективного захисту порушених прав. Посилаючись на те, що судом установлений певний порядок, послідовність та межі судового розгляду, всі заяви та клопотання з питань порушення прав або взагалі не розглядаються судами, або визнаються несвоєчасними та відтермінуються на стадію постановлення вироку. Крім того, **суди не реагують і не застосовують вимоги ч. 4 ст. 87 та ч. 2 ст. 89 КПК.**

Так, ч. 4 ст. 87 КПК встановлено, що *докази, передбачені цією статтею, повинні визнаватися судом недопустимими під час будь-якого судового розгляду, крім розгляду, якщо вирішується питання про відповідальність за вчинення зазначеного істотного порушення прав та свобод людини, внаслідок якого такі відомості були отримані.*

Частина 2 ст. 89 КПК визначає, що *у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження*

⁹ ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72670536>



в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате.

Звертаю увагу, що законодавець зобов'язав суди реагувати на зазначені порушення негайно, та навіть без наявності з цього приводу заяв чи клопотань учасників процесу.

Але ті, хто тривалий час пов'язаний з кримінальним процесом, знають, що суди не виконують і цих вимог, на кожному судовому засіданні відкладаючи захист прав громадян на стадію постановлення вироку, яку можна очікувати роками.

Особливо це відчутно для осіб, які тривалий час тримаються під вартою. Судам надана необмежена в часі можливість такого тримання. А це немає нічого спільного з завданнями та засадами кримінального провадження та ознаками правосуддя.

б) Невиконання судами функцій контролю за порушенням прав громадян підтверджується й незастосуванням вимог постанови пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 01.11.96 р., в якій зазначено, що суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, який відповідно до ст. 150 Конституції може порушувати перед КСУ питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів. Таке рішення може прийняти суд першої, касаційної чи наглядової інстанції в будь-якій стадії розгляду справи.

в) Неповажливе ставлення судів до Конституції України полягає і в тому, що за умов широкого застосування норм ЄКПЛ та рішень ЄСПЛ жодного разу я не зустрів випадку, щоб суди поставили норми Конституції в пріоритет міжнародним нормам. Тоді як у ч. 4 Пленуму ВСУ «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 01.11.96 р. зазначено, що міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України.

Особливо це актуально, коли слідчі судді, посиляючись на практику ЄСПЛ (хоча і застосовують її викривлено), згадуючи про якийсь абстрактний, невідомо на чому заснований суспільний інтерес, роками тримають обвинувачених під вартою. При цьому не згадуючи про вимоги Конституції щодо презумпції невинуватості.

У цьому випадку пріоритет Конституції над міжнародними договорами був би дуже доцільний.

г) Невиконання судами функцій контролю за порушенням прав громадян полягає і в тому, що незважаючи на численні рішення ЄСПЛ («Ярослав Білоусов проти Росії», «Свинаренко і Сляднєв проти Росії», «Воронцов та інші проти Росії»), де стверджується, що тримання обвинувачених у металевій клітці під час судового розгляду є принижуючим їх гідність поведінням, яке не може бути виправдане ніякими міркуваннями. В Україні практика захисту судом прав таких громадян поширення не набула. У кращому випадку суди задовольняють клопотання про перебування обвинуваченого в судовому засіданні поза кліткою за клопотанням сторони захисту. Тоді як суди мають робити це за власною ініціативою.

д) Для того щоб пересвідчитися в тому, що суди не стали контролерами діяльності правоохоронних органів, достатньо знати відсоток виправдальних вироків та динаміку зміни цієї статистики, які вкрай низькі та за останні роки майже не змінилися.

Якщо у 2012 році причиною майже відсутності виправдальних вироків називали недосконалість діючого тоді Кримінального процесуального кодексу, то зараз шукають інші виправдання, приховуючи головну причину того, що суди контролювані і часто виконують функцію обвинувачення. А виносити законні рішення не на користь обвинувачення для суддів небезпечно.

Саме такий розвиток подій я прогнозував ще у 2012 році в статті, що була опублікована в «Українській правді», — «Новий КПК нічого суттєво не змінить, тому що...»¹⁰.

5. Стадія постановлення вироку.

У рішенні КСУ від 20.10.11 р. № 12-рп/2011, крім іншого, зазначено, що збирання, перевірка та оцінка доказів можливі лише в порядку, передбаченому законом <...>. Положення першого речення ч. 3 ст. 62 Конституції «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом» слід розуміти так, що обвинувачення увчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, отриманих без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом.

¹⁰ Див. за посиланням: URL: <http://www.pravda.com.ua/columns/2012/05/15/6964529/>.



Оскільки частина доказів отримуються саме в суді (наприклад, показання свідків), а оцінюються в суді всі докази, то порушення в кримінальному процесі конституційних положень та встановленого порядку має тягнути наслідок недопустимості доказів.

Правову позицію щодо дотримання справедливості КСУ висловив у рішенні від 30.01.03 р. № 3-рп/2003, а також у вищезгаданому рішенні КСУ від 20.10.11 р. № 12-рп/2011. *Верховенство права, будучи одним з основних принципів демократичного суспільства, передбачає судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу. Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує захист гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.*

Через те, що визначена КСУ процедура на всіх стадіях кримінального процесу порушується, жоден такий вирок не може вважатися законним та справедливим.

У справі ЄСПЛ «Михайлова проти України» щодо порушення ст. 6 ЄКПЛ (заява № 10644/08 від 06.03.18 р.) зазначено, що *«справедливість судового розгляду має бути не лише здійснена, це повинно бути помітно», оскільки на кону стоїть довіра, яку суди в демократичному суспільстві повинні вселяти у суспільство.* У цьому аспекті ЄСПЛ повторює, що «безсторонність» зазвичай означає відсутність упередженості.

Але в п. 88 ухвали Верховного Суду у складі Кримінального касаційного суду від 06.03.18 р. (справа № 243/6674/17-к)¹¹ зазначено, що *касаційні та апеляційні суди несуть відповідальність за те, щоб судова система країни відповідала своїм завданням і була здатна до здійснення правосуддя. Навіть з цієї точки зору є виправданим втручання Верховного Суду в ситуацію, коли нижчі суди та/або судді діють ultra vires, спотворюючи роль судової влади в очах суспільства. Це втручання є нагальним навіть у поодиноких випадках для попередження їх поширення, тим більше воно стає нагальним, коли вихід за межі компетенції судами або суддями стає масовим і системним явищем.*

Цим ствердженням, а також змістом усього рішення, вважаю, Верховний Суд опосередковано визнав

і спотворення ролі судової влади в очах суспільства, і те, що вихід за межі компетенції судами або суддями стає масовим і системним явищем.

Наостанок

Усе вищезазначене доводить, що кримінальний процес в Україні (ані вимоги КПК, ані судова практика) не відповідає вимогам Конституції та рішенням КСУ, не демонструє судовий контроль за забезпеченням дотримання законності в діяльності правоохоронних органів у період досудового розслідування, не відповідає вимогам **своєчасного** забезпечення захисту та охорони прав і свобод людини та громадянина та не забезпечує **ефективного** поновлення в правах. А інколи слідчі судді взагалі виконують функцію обвинувачення. За таких умов належна правова процедура не забезпечується, а існуючий кримінальний судовий процес не є справедливим і не може вважатися правосуддям.

У зв'язку із цим можна навести низку пропозицій.

1. Учасникам кримінального процесу для правильно побудови тактики дій важливо адекватно розуміти, що ситуація в кримінальному процесі та судовій практиці дуже часто нагадує бої без правил або гру в одні ворота (в ворота захисту). А тому для успіху в процесі саме стороні захисту потрібно отримувати не будь-які, а суттєві та очевидні переваги в позиції над стороною обвинувачення.

2. Учасникам кримінального процесу пропоную постійно, перед початком процесу і в кожному судовому засіданні наполягати на тому, щоб захист порушених прав був ефективним та відбувався в кожному судовому засіданні. А суди виконували функції контролю за діями правоохоронних органів, а не їх помічників. В іншому випадку необхідно заявляти відводи та вносити заперечення.

3. Заявляти відводи суддям, які не мають у своїй практиці виправдальних вироків та не здатні забезпечити належної правової процедури відповідно до вимог Конституції та рішень КСУ.

4. Заявляти клопотання про те, щоб докази, отримані в результаті кримінального процесу, що не відповідає конституційним вимогам, визнавалися недопустимими.

¹¹ ЄДРП. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72670536>.



5. Оскільки Верховний Суд у низці своїх судових рішень посилається на існуючі правові позиції ВСУ (наприклад, зареєстровані в ЄДРСР під номерами 71860748, 71828881, 72073867, 72253385, 72367026, 72605130) і в жодному судовому рішенні не заперечує необхідності врахування правових висновків ВСУ, можливо і доцільно застосовувати та посилатися на постанову Пленуму ВСУ «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.96 р. № 9, відповідно до ч. 2 якої *судові рішення мають ґрунтуватись на Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй.*

6. Застосовувати положення Конституції України як норми прямої дії, посилаючись при цьому на ст. 8, 55 Конституції та ч. 8 постанови Пленуму ВСУ від 01.11.96 р. № 9, в якій зазначено, що *ст. 55 Конституції кожній людині гарантовано право на оскарження*

в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, а тому суд не повинен відмовляти особі в прийнятті чи розгляді скарги з підстав, передбачених законом, який це право обмежує.

Можливість оскарження більшості ухвал слідчих суддів також підтверджена рішеннями КСУ від 27.01.10 р. № 1-7/2010, від 2.11.11 р. № 13-рп/2011, від 14.12.11 р. № 19-рп/2011, від 25.04.12 р. № 1-12/2012, від 22.04.14 р. № 1-5/2014.

7. Законодавцям пропоную повернути до КПК норму, яка надавала б можливість судам виносити окремі ухвали щодо системних або грубих порушень закону з боку правоохоронних органів.

Також сподіваюсь, що діюча робоча група з реформування КПК хоча б частково приведе його (а як наслідок, у подальшому і судову практику) у відповідність до вимог Конституції України та рішень КСУ.



ВИПРАВЛЕННЯ ПОМИЛКИ У ЗВІТІ ЩОДО ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ ІНВАЛІДІВ: АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ



Леонід Белкін, адвокат

У ст. 19 Закону України від 21.03.91 р. № 875 «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні»¹ для роботодавців встановлений норматив працевлаштування осіб з інвалідністю. Статтею 20 цього Закону передбачене стягнення адміністративно-господарської санкції за невиконання вказаного нормативу, яка розраховується залежно від кількості робочих місць, які не зайняті особами з інвалідністю. Розрахунок здійснюється на підставі Звіту за формою № 10-ПІ, який подається відділенням Фонду соціального захисту інвалідів². Натомість останнім часом виникає практичне питання: чи може роботодавець внести виправлення у цей Звіт, якщо з'ясується, що первісно він поданий з помилкою, особливо коли ця помилка тягне завищення платежів. Раніше це питання частково було розглянуте у журналі «Бухгалтерія», 2018, № 16, с. 33. Разом із тим на цей час виникла нова судова практика реформованого Верховного Суду і нові міркування щодо можливості виправлення помилки у Звіті за формою № 10-ПІ, які слід розглянути.

Відповідно до ст. 19 Закону № 875 суб'єкти господарювання, які використовують найману працю, самостійно розраховують кількість робочих місць для працевлаштування осіб з інвалідністю, відповідно до встановленого законом нормативу, і забезпечують працевлаштування осіб з інвалідністю. Відповідно до ст. 20 цього Закону такі суб'єкти господарювання щороку сплачують відповідним відділенням Фонду адміністративно-господарські санкції, сума яких визначається в розмірі середньої річної заробітної плати у відповідного суб'єкта господарювання, за кожне робоче місце, призначене для працевлаштування особи з інвалідністю **і не зайняте особою з інвалідністю**. Розрахунок здійснюється на підставі Звіту за формою № 10-ПІ, який подається відділенням Фонду відповідно до Порядку подання підприємствами, установами, організаціями та фізичними особами, що використо-

вують найману працю, звітів про зайнятість і працевлаштування інвалідів та інформації, необхідної для організації їх працевлаштування, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 31.01.07 р. № 70³, та Інструкції щодо заповнення форми № 10-ПІ (річна) «Звіт про зайнятість і працевлаштування інвалідів», затвердженої наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 10.02.2007 р. № 42, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 13.02.07 р. за № 117/13384.

Однак останнім часом виникають ситуації, коли суб'єкт господарювання подає до відділення Фонду Звіт за формою № 10-ПІ з помилкою. В подальшому виникає проблема виправлення цієї помилки. Особливо гостро ця проблема постає тоді, коли уточнення Звіту (виправлення помилки) призводить до зменшення розміру адміністративно-господарських санкцій,

¹ Далі за текстом — Закон № 875.

² Далі за текстом — Фонд.

³ Далі за текстом — постанова № 70.



що первісно підлягали сплаті. У такому випадку відділення Фонду ігнорують уточнений Звіт і звертають до суду із стягненням адміністративно-господарські санкції за первісним звітом, ігноруючи виправлення помилки⁴. При цьому позивачі в особі відділень Фонду та нерідко суди вважають, що такі помилки виправленню не підлягають (див., наприклад, постанову Львівського апеляційного адміністративного суду від 21.12.17 р. № 876/11434/17⁵). Тому необхідно вирішити питання системного спростування такого підходу. Адвокатам, що зіткнулися у своїй практиці з подібною категорією спорів, можуть бути корисними такі обґрунтування.

По-перше, як зазначено вище, відповідно до ст. 20 Закону № 875 адміністративно-господарська санкція сплачується за кожне робоче місце, призначене відповідно до встановленого нормативу для працевлаштування особи з інвалідністю **і не зайняте особою з інвалідністю**. Тобто підставою для застосування санкції закон визначає саме реально встановлений факт фактичної незайнятості на підприємстві осіб з інвалідністю, а не помилково поданий звіт.

Відповідно до п. 4 листа Вищого адміністративного суду України⁶ від 14.04.08 р. № 07.2-10/2 «Про деякі питання практики застосування адміністративними судами законодавства про забезпечення права інвалідів на працевлаштування» *«при вирішенні питання про правомірність стягнення адміністративно-господарських санкцій слід виходити із загальних норм права відносно відповідальності за порушення зобов'язань та встановлення в діях або бездіяльності роботодавця складу правопорушення з метою застосування юридичної відповідальності у вигляді адміністративно-господарських санкцій»*.

При цьому слід враховувати, елементами правопорушення є вина та наявність причинного зв'язку між самим порушенням та його наслідками. Вважається, що застосування принципу вини як умови відповідальності пов'язане з необхідністю доведення порушення зобов'язання.

Якщо при розгляді справи буде встановлено, що роботодавець вжив усіх необхідних заходів для недопущення господарського правопорушення, то адмі-

ністративним судам потрібно визнавати незаконним застосування адміністративно-господарських санкцій за невиконання нормативу робочих місць і відмовляти у задоволенні позову».

У спорі про помилковий Звіт за формою № 10-ПІ, в контексті ст. 20 Закону № 875, зобов'язанням суб'єкта господарювання є створення відповідної кількості робочих місць для осіб з інвалідністю. Тому рівень виконання зобов'язання з працевлаштування осіб з інвалідністю залежить не від даних, наведених у звіті, а від фактично працевлаштованих осіб з інвалідністю. Навіть якщо вважати, що суб'єкт господарювання не виконав свого обов'язку належним чином звітувати за виконання зобов'язання щодо створення робочих місць для осіб з інвалідністю, то, по-перше, адміністративно-господарські санкції, що заявляються відповідно до ст. 20 Закону № 875, застосовуються не за неправильне подання звіту, а саме за нестворення робочих місць; по-друге, суб'єкт господарювання і в цьому контексті *вжив усіх необхідних заходів для недопущення господарського правопорушення*, — шляхом подання уточненого звіту (виправлення помилки).

Таким чином при вирішенні відповідного спору суд повинен брати до уваги фактично створену та заповнену кількість робочих місць для осіб з інвалідністю, а не помилково вказану у звіті.

Варто зазначити, що ці міркування цілком відповідають змісту ст. 238 Господарського кодексу України. Нормою цієї статті передбачено, що за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання можуть бути застосовані уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування адміністративно-господарські санкції, тобто заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків.

Тобто адміністративно-господарські санкції можуть бути застосовані до учасника господарських відносин за порушення ним правил, встановлених законодавчими актами, за наявності в діях суб'єкта господарювання вини у вчиненні такого порушення та якщо ним не вживались заходи, спрямовані на недопущення

⁴ Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77499848>.

⁵ Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71263463>.

⁶ Далі за текстом — ВАСУ.



господарського правопорушення. Якщо господарське правопорушення у вигляді нестворення робочих місць для осіб з інвалідністю фактично не скоєне, то відповідальність за таке віртуальне «порушення» застосовуватися не може.

По-друге, що стосується права на виправлення помилки як такого, то з цього приводу необхідно вказати на наступне.

Звіт за формою 10-ПІ складається з двох частин — фінансової (рядки 04 — 06) та трудової (рядки 01 — 03). Є усі підстави вважати, що основною частиною є фінансова, оскільки цей Звіт ставить за мету у кінцевому підсумку визначити грошовий показник — суму адміністративно-господарської санкції, що підлягає сплаті.

Відповідно до преамбули Закону України від 16.07.99 р. № 996 «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні»⁷, цей Закон визначає правові засади регулювання, організації, ведення бухгалтерського обліку та складання фінансової звітності в Україні.

Відповідно ч. 2 ст. 3 Закону № 996 фінансова, податкова, статистична та **інші види звітності, що використовують грошовий вимірник**, ґрунтуються на даних бухгалтерського обліку.

Відповідно ч. 6 ст. 14 Закону № 996 підприємства можуть подавати уточнену фінансову звітність та уточнену консолідовану фінансову звітність на заміну раніше поданої фінансової звітності та консолідованої фінансової звітності за результатами проведення аудиторської перевірки, з метою виправлення самостійно виявлених помилок або з інших причин. Подання та оприлюднення уточненої фінансової звітності та уточненої консолідованої фінансової звітності здійснюється у такому самому порядку, як і фінансової звітності та консолідованої фінансової звітності, що уточнюються.

Отже, є загальновизнаним у законодавчому порядку, що усі Звіти, які ґрунтуються на грошовому вимірнику, можуть виправлятися шляхом подання уточненої звітності.

Що стосується «трудової» частини Звіту за формою 10-ПІ, то необхідно наголосити на такому.

Відповідно до п. 4.1 згаданого вище листа ВАСУ від 14.04.08 р. № 07.2-10/2 роботодавцям слід визначати середньооблікову чисельність працівників та чи-

сельність працівників за встановленим Законом № 875 нормативом відповідно до Інструкції зі статистики кількості працівників. А відповідно до п. 1.11 Інструкції зі статистики кількості працівників, затвердженої наказом Державного комітету статистики України від 28.09.05 р. № 286, у разі виявлення викривлень у формах державних статистичних спостережень з праці виправлення даних підприємствами проводиться у звітах за період (місяць, період з початку року, рік), у якому були допущені помилки, а також в усіх наступних звітах.

Отже, є загальновизнаним у нормативному порядку, що усі Звіти із статистики праці можуть виправлятися шляхом подання уточненої звітності.

Крім того, відповідно до п. 5 Порядку проведення перевірки підприємств, установ, організацій та фізичних осіб, що використовують найману працю, затвердженого постановою від 31.01.07 р. № 70, позапланова виїзна перевірка проводиться, зокрема, у разі неподання роботодавцем звіту про зайнятість і працевлаштування інвалідів або подання такого звіту **з помилками**, що призвели до несплати суми адміністративно-господарських санкцій або сплати їх у неповному обсязі.

Тобто в цілому ця норма враховує можливість помилки при поданні Звіту за формою 10-ПІ і зобов'язує відповідний контролюючий орган здійснювати перевірку, щоб остаточно переконатися у правильності/неправильності поданого Звіту.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» державний нагляд (контроль) здійснюється, зокрема, за принципом **презумпції правомірності діяльності суб'єкта господарювання** у разі, якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів чи різних нормативно-правових актів допускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків суб'єкта господарювання та/або повноважень органу державного нагляду (контролю).

Тобто оскільки прямої заборони на подання уточненого Звіту 10-ПІ не існує, а суміжні законодавчі акти це допускають, висновок про можливість виправлення помилки повинен бути здійснений на користь суб'єкта господарювання.

⁷ Далі за текстом — Закон № 996.



По-третє, на користь врахування уточнень до Звіту 10-ПІ (виправлення помилки) свідчить судова практика. Так, у згаданій вище консультації журналу «Бухгалтерія» наводяться відомості про розгляд відповідного спору судами касаційної інстанції до судової реформи. Автором перевірена ця судова практика і підтверджено, що у постанові ВАСУ від 07.06.16 р. у справі № К/800/53959/15⁸ дійсно зазначено, що **«тільки факт невірною визначення підприємством кількості робочих місць для працевлаштування інвалідів не є єдиною та достатньою підставою для притягнення до адміністративної відповідальності за невиконання вимог Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні»**. Ця постанова підтримана у постанові від 03.10.17 р. Колегії суддів Судової палати в адміністративних справах ВСУ⁹.

Ця позиція знаходить також підтримку й у реформованого Верховного Суду. Так, у постанові Верховного Суду від 13.03.18 р. у справі № 809/1377/17, адміністративне провадження № К/9901/7633/17¹⁰, Верховний Суд вказав: **«Крім того, суди не надали належної оцінки тому факту, що відповідачем 17.03.17 р. подано уточнюючий звіт із поясненнями, що у поданому звіті № 10-ПІ «Звіт про зайнятість та працевлаштування інвалідів» за 2016 рік допущено помилку у рядках 02, 03 «кількість інвалідів», де вказано «3» замість «4»**. Цією постановою Верховний Суд скасував згадану вище постанову Львівського апеляційного адміністративного суду від 21.12.17 р. у справі № 876/11434/17.

Зазначене Верховний Суд визнав порушенням норм процесуального права, неповним дослідженням наявних у справі доказів та ненаданням правової оцінки обставинам справи, які мають суттєве значення для правильного вирішення спору.

При цьому слід зазначити, що при повторному розгляді справи Івано-Франківський окружний адміністративний суд відмовив у позові, а Львівський апеляційний адміністративний суд залишив рішення суду першої інстанції без змін. Зокрема, у постанові

від 17.09.18 р. апеляційний суд дослідив справжню кількість працюючих у відповідача осіб з інвалідністю, а також відомості про цих осіб поіменно, та визнав, що підлягає врахуванню той варіант Звіту, який поданий внаслідок виправлення помилки¹¹.

Варто зазначити, що принципові суди і без підказки судів вищого рівня враховують, що **необхідно зважати** на можливість та факт виправлення помилок. Так, постановою Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 30.07.10 р. у справі № 2а-7529/08/0470, залишеною без змін ухвалою Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 25.09.12 р., відмовлено у позові Дніпропетровському обласному відділенню Фонду соціального захисту інвалідів у зв'язку із тим, що, як зазначено в ухвалі апеляційного суду, **«позивачем [обласним відділенням фонду] не досліджувались документи щодо виправлення помилки у складанні статистичної звітності та звіту про зайнятість і працевлаштування інвалідів за 2007 рік»**¹².

Таким чином, аналіз законодавчого регулювання, роз'яснень ВАСУ від 14.04.08 р. № 07.2-10/2 «Про деякі питання практики застосування адміністративними судами законодавства про забезпечення права інвалідів на працевлаштування», а також судової практики, у тому числі, яка склалася у реформованому Верховному Суді, однозначно свідчать про те, що **тільки факт невірною визначення підприємством кількості робочих місць для працевлаштування інвалідів не є єдиною та достатньою підставою для притягнення до адміністративної відповідальності за невиконання вимог Закону № 875**.

Суди повинні враховувати фактичну кількість працевлаштованих осіб з інвалідністю, брати до уваги можливі помилки у звітності з цього приводу та їх **виправлення відповідно до фактичного стану справ**, за необхідності не позбавлені права досліджувати персональні дані щодо фактично працевлаштованих осіб з інвалідністю. Суб'єктам господарювання — відповідачам у таких справах рекомендується надавати такі дані разом із відповіддю на позов.

⁸ Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58304070>.

⁹ Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69649878>.

¹⁰ Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72744961>.

¹¹ Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76577865>.

¹² Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26414369>.



АНАЛІЗ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ ПО АДМІНІСТРАТИВНИМ СПРАВАМ У СПОРАХ З ОРГАНАМИ ДАБІ ЯК ДЗЕРКАЛО СИСТЕМНОЇ КРИЗИ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ СУБ'ЄКТА ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ



Андрій Сітніков, адвокат, заступник Голови Ради адвокатів Хмельницької області

У Віснику НААУ № 6 (44) 2018 автором була опублікована стаття із ствердженням про те, що буквальне виконання органами Державної архітектурно-будівельної інспекції України та архітектурно-будівельного контролю місцевих органів влади¹ Методичних рекомендацій «Деякі питання примусового виконання постанови про накладення штрафу» грубо порушує право суб'єктів містобудівної діяльності на справедливий суд, передбачене, зокрема, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У свою чергу, представниками ДАБІ автору була вислов-

лена критика та зазначено, що цей суб'єкт владних повноважень діє виключно в інтересах держави та у своїй діяльності керується чинним законодавством.

Матеріали офіційного сайту ДАБІ (<https://dabi.gov.ua/>) стверджують про наближення сфери будівництва до європейських стандартів, подолання корупції та збільшення прозорості роботи органів ДАБІ. Однак повсякденна діяльність адвокатів, що представляють інтереси суб'єктів містобудівної діяльності у спорах з органами ДАБІ, свідчить про таке.

Аналіз практики нового Верховного Суду по адміністративних справах у спорах з органами ДАБІ дає автору підстави стверджувати про наявність системної кризи правових позицій представників ДАБІ у адміністративних справах, що проявляється у небажанні враховувати усталену судову практику. Така «політика» призводить до перевантаження судової системи, затягування будівельних проектів, врешті-решт покладання на органи ДАБІ судових витрат. Зрозуміло, що це також суттєво впливає на інвестиційну привабливість держави, створює підґрунтя для корупційних схем.

Спочатку звернемо увагу на нормативно-правові документи, що регулюють діяльність органів ДАБІ у цьому напрямку.

Організація юридичної роботи органів ДАБІ унормована **Положенням про організацію ведення**

претензійно-позовної роботи у Державній архітектурно-будівельній інспекції України та її територіальних органах — структурних підрозділах», затвердженим наказом ДАБІ від 17.11.14 р. № 441². Це Положення регулює юридичну діяльність органів ДАБІ та її територіальних органів, структурних підрозділів як суб'єктів владних повноважень та у всіх інших спорах. Відповідно до п. 1.4 встановлено, що недотримання встановленого порядку ведення претензійно-позовної роботи є порушенням трудової дисципліни та підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності згідно з чинним законодавством України.

Пунктом 2.27 Положення № 441 врегульовані питання визнання позовів та оскарження судових рішень. Рішення щодо відмови від позову ДАБІ/ТСП чи визнання позову до ДАБІ/ТСП, недоцільності

¹ Далі за текстом — органи ДАБІ.

² Далі за текстом — Положення № 441.



оскарження рішень суду першої та апеляційної інстанцій, а також відкликання вже поданих апеляційних та касаційних скарг, заяв до ВСУ про перегляд рішення суду касаційної інстанції, заяв про перегляд рішень судів за нововиявленими обставинами приймається Головою ДАБІ, за результатами розгляду службової записки директора Департаменту з врахуванням пропозицій заступника директора Департаменту — начальника відділу представництва інтересів у судах та керівника ТСП (у разі необхідності).

Наведені два пункти Положення № 441 дають підставу припустити, що юрист будь-якого органу ДАБІ, отримавши позов про оскарження незаконних дій посадових осіб ДАБІ при здійсненні ними своїх владних повноважень, із посиланням на усталену судову практику, навряд чи буде звертатися безпосередньо до Голови ДАБІ, а все ж таки напише відзив, заперечення, потім апеляційну та касаційну скарги.

Розділ 5 Положення № 441 вимагає від Департаменту нормативно-правового забезпечення проводити аналіз претензійної та правової роботи та вносити пропозиції щодо її удосконалення. Натомість аналіз судової практики адміністративних судів у спорах з органами ДАБІ свідчить про вперте ігнорування представниками ДАБІ усталеної судової практики.

Найяскравішим прикладом цього є не врахування ДАБІ правової позиції ВСУ, висловленої ще 02.06.15 р. при розгляді справи № 816/6496/13а³, згідно з якою «у разі використання Інспекцією свого права на відмову у реєстрації декларації та повернення її для виправлення виявлених недоліків, така декларація не може вважатися поданою та бути підставою для притягнення до відповідальності» — **справа незаконного покладення відповідальності за повернутими деклараціями**. Вищий адміністративний суд України в подальшому при розгляді аналогічних справ в ухвалях від 16.06.15 р. у провадженні № К/800/5801/15⁴ та від 05.11.15 р. у провадженні № К/800/34207/15⁵ сформував усталену практику щодо неможливості проводити позапланові перевірки та притягати суб'єктів містобудівної діяльності до відповідально-

сті у разі відмови в реєстрації декларації або видачі сертифіката.

Новий склад Верховного Суду у постанові від 23.01.18 р. у справі № К/9901/2526/18 808/4380/14⁶ залишив без задоволення касаційну скаргу ДАБІ в аналогічній справі. Тем не менш органи ДАБІ продовжують практику незаконних перевірок та винесення незаконних постанов, про що свідчать рішення судів першої та апеляційної інстанцій.

Достатньо поширеною підставою відмов органами ДАБІ при реєстрації декларацій про готовність об'єктів до експлуатації та відмов у видачі сертифіката є «внесення недостовірних відомостей» і, як наслідок, віднесення об'єкта до самочинного будівництва. У багатьох випадках така підстава виглядає просто абсурдною, однак доведення цього потребує довгої судової тяганини.

Яскравим прикладом цього є справа № 823/1231/16⁷, провадження № К/9901/9983/18, крапку в якій поставив Верховний Суд у постанові від 17.07.18 р. (**справа щодо штрафу за технічну помилку**). Суб'єкт містобудівної діяльності був оштрафований за те, що у поданій ним декларації про початок виконання будівельних робіт неправильно були зазначенні реквізити кваліфікаційного сертифіката особи, яка здійснювала технічний нагляд, що, насправді, є суто технічною помилкою. При цьому не ставилася під сумнів наявність такої особи, наявність у неї чинного кваліфікаційного сертифіката та наявність договору про здійснення технічного нагляду.

На думку автора, відповідальність, покладена на суб'єктів містобудівної діяльності відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону України від 14.10.94 р. № 208/94-ВР «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності», за наведення недостовірних даних у повідомленні про початок виконання будівельних робіт, декларації про готовність об'єкта до експлуатації чи в акті готовності об'єкта до експлуатації, **має бути застосована при свідомій спробі введення в оману державних органів щодо наявності речового права на земельну ділянку, отриманих від місцевих органів**

³ ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46301571>.

⁴ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45433819>.

⁵ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53365669>.

⁶ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71790008>.

⁷ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75368867>.



містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки, розроблення проектної документації на об'єкт, тобто тих чинників, що впливають на подальшу безпеку будівництва та визначають об'єкт як самочинне будівництво.

Наступний приклад висвітлює **справа про застосування відповідальності не до суб'єкта містобудівної діяльності**. Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду 26.06.18 р. ухвалив постанову в справі № 804/2417/16⁸, провадження № К/9901/36744/18, в якій зазначив, що *на підставі системного аналізу наведених правових норм Суд дійшов висновку, що державний архітектурно-будівельний контроль здійснюється щодо суб'єктів містобудування, якими, зокрема, є замовники. Після проведення перевірки контролюючий орган, у разі виявлення порушень вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, крім акта перевірки, складає протокол разом з приписом. Один примірник припису надає суб'єкту містобудування, щодо якого здійснюється державний архітектурно-будівельний контроль. Виконання цього припису покладається на суб'єкта містобудування.*

Аналогічна правова позиція міститься в постанові Верховного Суду від 13.02.18 р. у справі № 464/2858/17⁹.

Враховуючи зазначене, Суд погоджується з висновком суду першої інстанції про те, що ТОВ не є суб'єктом містобудування в розумінні частини 6 статті 2 Закону України «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності», оскільки не є замовником будівництва, а лише орендує приміщення.

Ще одним прикладом є **справа про відповідальність за проведення поточного ремонту**.

У постанові від 26.06.18 р. у справі № 464/2254/17, адміністративне провадження № К/9901/51225/18, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду зазначив, що *зі змісту наведених положень Переліку № 150 (наказ Державного комітету України з питань житлово-комунального господарства «Про затвердження Примірного переліку послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій та послуг з ремонту приміщень, будинків, споруд» від 10.08.04 р. № 150) убачається, що поняття «капітальний ремонт» і «поточний*

ремонт» збігаються за назвою виконуваних робіт, проте при капітальному ремонті експлуатація будівлі за цільовим призначенням призупиняється, а при поточному ремонті ні.

Такий висновок узгоджується з правовою позицією ВСУ, що міститься у постанові від 27.02.12 р. у справі № 21-419а11.

Як установлено судами попередніх інстанцій та підтверджено матеріалами справи, ЛКП проведено роботи з облаштування фундаментів під обладнання, яке не є мобільним та потребує опори, а також здійснено ремонтні роботи з підтримання належного стану приміщення та можливості його подальшого використання відповідно до статутної мети та предмета діяльності позивача у справі.

З огляду на це, колегія суддів погоджується з висновками судів попередніх інстанцій про те, виконані ЛКП роботи відносяться до поточного ремонту та не потребують отримання дозволу від контролюючих органів, відтак, постанова № _ про накладення штрафу на ЛКП за правопорушення у сфері містобудівної діяльності винесена безпідставно та підлягає скасуванню.

Як приклад покладання органами ДАБІ **відповідальності на неналежного суб'єкта містобудівної діяльності** можна навести справу № 554/8322/16-а¹⁰, провадження № К/9901/43299/18, постанова в якій була проголошена Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду 04.07.18 р. Суд зазначив, що *штраф за правопорушення у сфері містобудівної діяльності є адміністративно-господарською санкцією, видом господарсько-правової відповідальності.*

Відповідно до ст. 218 Господарського кодексу України підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинене ним правопорушення у сфері господарювання. Учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення.

⁸ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74991770>.

⁹ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290060>.

¹⁰ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75175415>.



<...> Позивач стверджує, що в його діях відсутній склад правопорушення у сфері містобудівної діяльності, що виключає можливість притягнення його до відповідальності. Оскільки проектна документація розроблена сертифікованою організацією відповідно до вихідних даних на проектування, категорія складності об'єкта була визначена відповідно до інформації експлуатуючої організації, у позивача не було підстав сумніватися у відповідності проектної документації вимогам державних стандартів, норм і правил.

Постановою окружного адміністративного суду встановлено вину проектної організації щодо визначення невірної категорії складності об'єкта, за що її притягнуто до відповідальності.

Ця обставина свідчить про те, що замовник не знав і не міг знати про категорію складності об'єкта, діяв виходячи з того, що будівництво належить до III кате-

горії, а тому розпочинаючи будівництво на підставі декларації (без дозволу), не усвідомлював, що вчиняє порушення правил, що регулюють будівельну діяльність.

Відтак, Суд вважає, що позивач вжив усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення. <...>

Вищенаведені справи, окрім останньої, є справами з усталеної практики всіх адміністративних судів, однак поки що не можуть вважатися типовими або зразковими у розумінні вимог ст. 4 КАС.

Адвокати при оскарженні неправомірних дій органів ДАБІ мають можливість посилатися на відповідні правові позиції та вимагати від суду дотримання ч. 5 ст. 242 КАС щодо їх врахування.

Аналізу та обговоренню з колегами практики спорів із ДАБІ присвячена сторінка автора «Судові спори з ДАБІ» у Facebook¹¹.

¹¹ Див. за посиланням: URL: https://www.facebook.com/ukradvok/?modal=admin_todo_tour.

ЗАХИСТ КОНВЕНЦІЙНИХ ПРАВ В УМОВАХ ПОЛІТИКИ ЖОРСТКОЇ ЕКОНОМІЇ: АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД



Віталій Ковтун, доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, к. ю. н.

Глобальна криза, за висловом Ендрю Хембла, схожа на туман: тут теж деколи потрібен час, щоб зрозуміти, якими будуть довгострокові наслідки від реалій, але дивлячись назад, можна розгледіти знайомі поворотні моменти.

Саме враховуючи вектор євроатлантичної інтеграції нашої держави, ми повинні заздалегідь прораховувати шахові ходи страсбурзької юриспруденції, особливо в аспекті ефективного засобу захисту соціальних прав (позитивних добробутних зобов'язань).

Україна характеризується як соціальна держава. Держава формулює свою соціальну політику, яка включає в себе систему соціального забезпечення, гарантій соціальних прав, а також соціальної справедливості та рівності. При цьому повинні бути враховані економічні та фінансові можливості держави.

Соціальні питання були неодноразово предметом розгляду Конституційного Суду України¹. Зокрема, фінансування соціальних та інших зобов'язань держави має бути реальним і здійснюватися відповідно до її фінансово-економічних можливостей. За юридичною позицією КСУ у разі значного погіршення фінансово-економічної ситуації, виникнення умов воєнного або надзвичайного стану, необхідності забезпечення національної безпеки України, модернізації системи соціального захисту тощо держава може здійснити відповідний перерозподіл своїх видатків з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства; проте держава не може вдаватися до обмежень, що порушують сутність конституційних соціальних прав осіб, яка безпосередньо пов'язана з обов'язком держави за будь-яких обставин забезпечувати достатні умови життя, сумісні з людською гідністю (абз. п'ятий п.п. 2.3 п. 2 мотивувальної частини Рішення КСУ від 22.05.18 р. № 5-р/2018)².

На переконання КСУ, у разі виникнення об'єктивної потреби дії держави щодо перерозподілу або зменшення соціальних видатків мають бути тимчасовими і повинні мати часові межі, потрібні для стабілізації та покращення фінансово-економічної ситуації.

КСУ вважає, що зміни законодавства у соціальній сфері, складна фінансово-економічна ситуація, потреба в забезпеченні збалансованості Державного бюджету України не повинні призводити до порушення гідності людини, яка належить до фундаментальних цінностей, захищених Конституцією України, та становить основу системи конституційного захисту прав і свобод людини і громадянина. Обов'язковою складовою людської гідності є доступ людини до мінімальних соціальних благ, здатних забезпечити їй достатній і гідний життєвий рівень. Верховна Рада України, формуючи соціальну політику держави, повинна гарантувати ефективну реалізацію права на повагу до людської гідності, зокрема, шляхом забезпечення пенсій, інших видів соціальних виплат та допомоги для осіб, які потребують соціального захисту (абз. четвертий п. 4 мотивувальної частини Рішення КСУ від 07.11.18 р. № 9-рп/2018).

КСУ дійшов висновку, що передбачене оспорюваним положенням Кодексу [Податкового кодексу України] оподаткування щомісячного довічного грошового

¹ Далі за текстом — КСУ.

² Аналітичний матеріал. Рішення КСУ, що проаналізовані у цій статті можна знайти за посиланням: URL: www.ccu.gov.ua.



утримання суддів зменшує його розмір та знижує досягнутий рівень гарантій незалежності суддів. Отже, встановлення Верховною Радою України у законодавстві України оподаткування пенсій та зміни суми, з якої починається таке оподаткування, суперечить таким елементам конституційного принципу верховенства права, як правова визначеність, правова передбачуваність, правомірні очікування та справедливість, тому положення абзацу першого п.п. 164.2.19 п. 164.2 ст. 164 Кодексу не відповідає ч. 1 ст. 8 Конституції України (абз. восьмий п. 5 мотивувальної частини Рішення КСУ від 27.02.18 р. № 1-р/2018).

Новелою українських правових реалій є **запровадження інституту конституційної скарги**. Основна мета цього правового інституту — поліпшення доступу громадян до конституційного правосуддя за для захисту своїх прав, свобод та законних інтересів. Лівова частина конституційних скарг присвячена питанням захисту соціальних прав людини (за 2018 рік станом на 13.11.18 р. надійшли 622 конституційні скарги до Конституційного Суду України, з них більшість стосуються саме соціальних прав).

Гарантування позитивних прав в рамках Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод³ набуває все більшого значення, посилюючи тенденцію щодо прямого та опосередкованого розширення сфери дії Конвенції на матеріальні спірні вимоги та констатуючи поступовий відхід від традиційного уявлення Європейської конвенції як договору, який захищає виключно громадянські та політичні права.

Європейський суд з прав людини⁴, розглядаючи справи в межах покладених на нього повноважень, ставав суб'єктом ефективного захисту соціальних прав, зокрема опосередковано стосовно соціальних виплат та пенсій, заробітної плати, медичної допомоги, заборони дискримінації у сфері соціального захисту, гідний рівень життя та процесуальні питання призначення соціальних виплат, пенсій, визначення їх розміру тощо. Хоча ЄСПЛ не може обмежувати держави у проведенні їх соціальної та економічної політики, визначенні форм соціального забезпечення, встановлен-

ні видів та розмірів соціальних виплат, він усе більш широко тлумачить конвенційні норми. Конвенція як живий інструмент враховує привернення все більшої уваги держав до забезпечення соціальних прав, розвитку соціальної політики та визнання неподільності, взаємозалежності всіх груп і категорій прав людини.

Низка заявників до ЄСПЛ покладаються на Європейську конвенцію, саме оскаржуючи заходи, вжиті державами-учасницями у відповідь на економічну кризу. Ці заяви, як правило, ґрунтуються на ст. 1 (захист права власності) Додаткового протоколу до Конвенції, в якій визнається, що держава має право *«вводити в дію такі закони, які, на її думку, є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів або штрафів»*.

Разом із тим також основою для звернення є порушення інших положень Конвенції, які стосуються прав людини та основоположних свобод (ст. 2 — «Право на життя», ст. 6 — «Право на справедливий суд», ст. 8 — «Право на повагу до приватного і сімейного життя», ст. 14 — «Заборона дискримінації»).

Далі пропонуємо огляд основних рішень ЄСПЛ щодо порушення вищезазначених статей Конвенції⁵.

ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ (СТАТТЯ 1 ДОДАТКОВОГО ПРОТОКОЛУ ДО КОНВЕНЦІЇ); ЗАБОРОНА ДИСКРИМІНАЦІЇ (СТАТТЯ 14 КОНВЕНЦІЇ)

У справах стосовно України питання наявності правомірного та пропорційного контролю за майном найчастіше порушується при розгляді спорів, пов'язаних із пенсійним забезпеченням.

Рішення від 03.06.14 р. у справі «Валентина Ніканорівна Великода проти України» («Velikoda v. Ukraine») (заява № 43331/12).

ЄСПЛ в ухвалі про неприйнятність за цією справою визначив свою позицію щодо великої кількості аналогічних за змістом скарг від українських пенсіонерів.

У цій справі Валентина Великода, яка мала статус жертви Чорнобиля, скаржилася на зниження рівня пенсійного забезпечення на підставі нових змін до

³ Далі за текстом — Конвенція, Європейська конвенція.

⁴ Далі за текстом — ЄСПЛ, Суд.

⁵ Austerity measures. European Convention on Human Rights. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_ENG.pdf (у статті наведений авторський переклад).



відповідного законодавства (у 2011 році за спеціальними законами Кабінет Міністрів України набув права виплачувати пенсії, виходячи з наявних фінансових ресурсів, його право на це було підтверджено відповідним рішенням КСУ). ЄСПЛ не знайшов порушення ст. 1 Протоколу № 1, оскільки зменшення розміру пенсії заявниці відбулося на підставі внесення змін до законодавчого акта, яким і встановлювалося відповідне соціальне забезпечення. Суд заявив, що «стаття 1 Протоколу № 1 не гарантує як таке право на будь-яку соціальну вигоду певного рівня» (п. 25). Підкресливши необхідність пошуку «справедливого балансу» між вимогами загального інтересу громади та вимогами захисту основних прав особистості, Суд дійшов висновку, що «скорочення пенсії заявниці зроблено, мабуть, у результаті міркувань економічної політики і фінансових труднощів, з якими стикаються держави» (п. 28). Таким чином, справедливий баланс порушено не було.

Рішення від 25.10.11 р. у справі «Valkov and others v. Bulgaria» (заяви № 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05, 2041/05).

Заявники, пенсіонери, які вийшли на пенсію у період з 1979 по 2002 роки, скаржилися на встановлений законодавством розмір пенсій, які застосовуються у випадках, коли номінальна щомісячна сума їх пенсій перевищує максимальну суму, встановлену законодавством. Зокрема, вони поставили під сумнів мету обмеження пенсій, стверджуючи, що це було введено через думку, що люди в Болгарії не будуть терпіти дуже високі пенсії, а не для забезпечення фінансової життєздатності пенсійної системи. Заявники також скаржилися на дискримінацію як стосовно пенсіонерів, пенсії яких були нижчими за обмеження, так і щодо деяких посадових осіб високого рівня, чії пенсії були звільнені від обмеження.

Суд постановив, що *порушення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції не було*. Було встановлено, що питання про обмеження максимальної суми пенсій є питанням, яке Болгарія має регулювати у своїй політиці соціального забезпечення. Спочатку Суд зазначив, що обмеження переслідувало законну мету у суспільних інтересах і, очевидно, призвело до заощаджень для болгарської пенсійної системи. Крім того, увага до соціальних міркувань болгарського законодав-

ства та судочинства була досить обґрунтованою. За даними досліджень Світового банку і Організації економічного співробітництва та розвитку, пенсійні системи різних країн варіювалися, а межі державних пенсій не були явкою явно болгарського характеру. Суд також наголосив, що система, що наявна в кожній країні, була справою національних органів влади, які були краще, ніж міжнародний суд, для оцінки місцевих потреб та умов. Потім, вивчивши, чи було владою досягнуто справедливого балансу між загальним суспільним інтересом та потребами заявників, Суд, зокрема, зауважив, що в їхньому випадку основна частина цих внесків була сплачена за іншим економічним режимом, коли надходження до пенсійного фонду були невід'ємною частиною загального державного бюджету. Крім того, пенсійна квота була збережена в той час, коли болгарська пенсійна система пройшла всеосяжну реформу як частину переходу країни від цілком державної та централізованої планової економіки до приватної власності та ринкової економіки. Підтримання квоти можна розглядати як перехідний захід, що супроводжує загальне перетворення пенсійної системи. У цьому відношенні Суд нагадав, що він у минулому визнав, що держави мали широкий розсуд при прийнятті законів у контексті зміни політичного або економічного режиму. Крім того, заявники мали витримати розумне зменшення, а не повну втрату їхніх пенсійних прав. Заявники, які є найуспішнішими серед більш ніж двох мільйонів болгарських пенсіонерів, не можна вважати, що вони змушені нести надмірний та непропорційний тягар унаслідок обмеження пенсій. Крім того, державні пенсійні схеми базувались на принципі солідарності між платниками та бенефіціарами. Нарешті, сума поступово змінилася через те, що максимальна сума пенсії зростає за ці роки. Результат полягав у тому, що, як загальна тенденція, менша кількість пенсіонерів постраждала від обмеження.

У цьому випадку Суд також визнав, що *не було порушено статтю 14 (заборона дискримінації) Конвенції, яка читається у поєднанні зі статтею 1 Протоколу № 1*. У цьому зв'язку Суд зазначив, зокрема, що це не його роль зіставлення заявників із пенсіонерами, такими як Президент або Віце-президент республіки, до якої пенсія не застосовується. Швидше за все, це була політична думка, яка, у принципі, була залишена для національних органів влади.

**Рішення від 07.05.11 р. у справі «Koufaki and Adedy v. Greece»** (заяви № 57665/12, 57657/12).

У 2010 році уряд Греції ухвалив низку заходів щодо жорсткої економії, включаючи зменшення розміру винагороди, виплат, премій та пенсій для виплат державних службовців з метою зменшення державних витрат та реагування на економічну та фінансову кризи, з якими зіткнулася країна. У липні 2010 року заявники розглянули це питання у Вищому адміністративному суді: перший заявник звернувся до суду з проханням скасувати її оплату; другий заявник — Конфедерація профспілок державної служби — вимагає судового розгляду через згубний вплив заходів щодо фінансового становища його членів. 20.02.12 р. Вищий адміністративний суд відхилив заяву.

Суд визнав заяву неприйнятними, явно необґрунтованими. Він, зокрема, розглянув питання про те, що скорочення заробітної плати першого заявника з 2 435,83 євро до 1 885,79 євро не було таким, що призвело до виникнення ризику, пов'язаного із прожитковими труднощами, несумісними зі статтею 1 Протоколу № 1. З огляду на те, що це також стосується особливого клімату економічних труднощів, в якому воно відбулося, втручання в питання не можна вважати таким, що наклало надмірний тягар на заявника. Що стосується другого заявника, то скасування пенсій тринадцятого та чотирнадцятого місяців було компенсовано одноразовим бонусом. Законодавчий орган не переступив межі своєї свободи розсуду, Суд не мав можливості зазначити, чи обрали парламентарі найкращі способи вирішення проблеми, чи могли вони її врегулювати іншим чином.

Рішення від 14.05.13 р. у справі «N.K.M. v. Hungary» (заява № 66529/11).

Ця справа стосувалася державного службовця, яка скаржилася, зокрема, що накладення 98-відсоткового податку на частину її вихідної допомоги за законодавством, що набрав чинності за десять тижнів до її звільнення, становило необґрунтоване позбавлення майна, без будь-яких засобів правового захисту.

Суд установив, що було порушення статті 1 Протоколу № 1. Незважаючи на широкий розсуд, який урядові органи мали в питаннях оподаткування, він визнав, що використовувані засоби були непропор-

ційними до законної мети, спрямованої на захист громадськості проти надмірних виплат щодо вихідної допомоги за віком. Також заявник не мав перехідного періоду, щоб скоригувати своє життя до нової схеми вихідних виплат. Більше того, позбавивши її права на допомогу, яка слугувала особливим соціальним інтересам реінтеграції ринку праці, органи влади Угорщини застосували до заявника надмірний індивідуальний тягар.

Рішення від 08.10.13 р. у справі «Da Conceicao Mateus And Santos Januario v. Portugal» (заяви № 62235/12, 57725/12).

Ці справи стосуються виплати державних пенсій заявників, які скоротилися у 2012 році внаслідок скорочення витрат уряду Португалії. Заявники скаржились на вплив зменшення їхніх пенсій на їх фінансове становище та умови життя.

Суд вирішив розглянути скарги заявників у контексті статті 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Встановив, що у випадках, коли особа мала право на виплату пенсії, стаття 1 Протоколу № 1 дозволила державі-члену зменшити суму, виплачену у виді пенсії, коли це було в інтересах суспільства, якщо існує справедливий баланс, який був установлений між загальним інтересом громади та захистом індивідуальних прав людини. Тому суттєвим питанням у цих випадках було те, чи було досягнуто справедливого балансу. Суд зазначив, що в той час, коли оплачувані святкові та різдвяні виплати заявників були скорочені, вони і надалі отримували свою основну щомісячну пенсію за звичайною ставкою протягом 2012 року. Крім того, скорочення їхньої пенсії було тимчасовим заходом та тривало лише три роки, між 2012 та 2014 роками. Отже, втручання у право заявників на володіння їх майном було обмежено як у часі, так і в кількості, і Португалія залишилася у своїй «кімнаті для маневру» («розсудливість»), щоб прийняти рішення про заходи економічного характеру або соціальної політики. З огляду на виняткові фінансові проблеми, з якими зіткнулася Португалія в той час, і з огляду на обмежений та тимчасовий характер скорочення пенсійних виплат, Суд встановив, що існує справедливий баланс між інтересами загального співтовариства та правами заявники. Відповідно, заяву були визнані явно необґрунтованими, і Суд визнав їх неприйнятними.

**Рішення від 15.10.13 р. у справі «Savickas and Others v. Lithuania»** (заява № 66365/09).

Цей випадок переважно стосується тривалості судового провадження, порушеного суддями Литви, чії зарплати були зменшені в межах низки заходів економії. Заявники також скаржилися на те, що згідно з відповідним законодавством влада Литви не зобов'язана повністю погасити неоплачувану частину заробітної плати і обмежила 3 роки тим періодом, за який може бути виплачена компенсація. Вони стверджували, що були позбавлені власності.

Суд вирішив, що влада Литви не застосовувала норми, якими порушувала тимчасове зменшення заробітної плати суддів та визнав скаргу заявників за статтею 1 Протоколу № 1 неприйнятною як явно необґрунтовану. Суд, зокрема, зазначив, що заходи із жорсткої економії були виправдані з посиланням на існування особливо важкої економічної та фінансової ситуації в Литві. Крім того, згідно з Конституційним Судом Литви для фінансування освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення та інших потреб суспільства було потрібно зменшити заробітну плату державних службовців. Тому ЄСПЛ був задоволений тим, що при прийнятті рішення про зниження заробітної плати державних службовців влада Литви врахувала суспільний інтерес. Суд також наголосив на тому, що зменшення заробітної плати у державному секторі не виділяло судову владу. Навпаки, скорочення заробітної плати суддів було частиною набагато ширшої програми заходів економії, що впливають на заробітну плату в усьому державному секторі. У будь-якому випадку скорочення заробітної плати суддів не було непропорційним та не становило загрози для їх існування. Нарешті, відзначаючи, що правила скорочення заробітної плати, на жаль, не містять спеціального положення щодо обмеження строків застосування заходів економії, Суд зазначив, що в той час, коли до нього були подані заяви, Суд і законодавство Литви визнали, що заходи були тимчасовими, доки економічна ситуація Литви не покращилась у 2003 році. У кінцевому підсумку заявники отримали компенсацію за втрату заробітної плати за рішенням суду відповідно до Закону 2000 року. Тому Суд не вважав, що тимчасове зменшення заробітної плати суддів призвело до того, що заявники зазнали надмірного тягаря або мали вплив на їх незалежність або здатність виконувати свої функції як судді.

Рішення від 01.09.15 р. у справі «Da Silva Carvalho Rico v. Portugal» (заява № 13341/14).

У цій справі мова йшла про скорочення пенсій після вжиття жорстких заходів у Португалії, зокрема впровадження надзвичайних внесків солідарності (CES).

Заявник, пенсіонер, що належить до пенсійної системи державного сектору, стверджував, що ці заходи порушили її право на захист майна, зокрема, що CES більше не є тимчасовим заходом, як це вже було застосовано до її пенсії у 2013 році.

Суд визнав заяву неприйнятною як явно необґрунтовану. Беручи до уваги загальний суспільний інтерес, що ставився на перше місце у відповідний час в Португалії, і обмежений та тимчасовий характер застосування CES до пенсії заявника, Суд установив, що заходи, прийняті в Португалії, були пропорційними законній меті досягнення середньострокового економічного відновлення. Це втручання в право власності заявниці було передбачено законом, CES було передбачено в законах про державний бюджет на 2013 і 2014 роки, його законність підтверджувалася рішеннями Конституційного суду у 2013 та 2014 роках. Крім того, застосування CES до пенсій, передбачених у законах про державний бюджет на 2013 та 2014 роки, спрямованих на зменшення державних видатків та досягнення середньострокового економічного підйому, були прийняті в екстремальних економічних умовах як перехідний захід. Таким чином, це, очевидно, відповідає суспільним інтересам у розумінні статті 1 Протоколу № 1. Нарешті, Суд вважає, що заходи, вжиті щодо пенсій, забезпечили належний баланс між загальним інтересом громади та захистом заявником своїх права. Показово, що сама заявниця не зазнала значного позбавлення доходів, а сукупні збитки становили 4,6 % від загальної суми щорічних соціальних виплат. Більше того, у 2013 та 2014 роках Конституційний Суд визнав, що вжиті заходи були пропорційними, а також були відсутні альтернативи, які б допомогли досягти однакових суспільних цілей. Беручи до уваги державний маневр («розсуд») для прийняття рішення про загальні заходи економічної та соціальної політики, ЄСПЛ не уповноважений вирішувати, чи могли б передбачатися альтернативні заходи для зменшення дефіциту держбюджету та подолання фінансової кризи.



Рішення від 21.07.16 р. у справі «Mamatas and Others v. Greece» (заяви № 63066/14, 64297/14, 66106/14).

Ця справа стосується примусової участі заявників, які є приватними особами, що мають грецькі державні облігації, для зменшення державного боргу Греції шляхом обміну їхніх облігацій на інші боргові інструменти меншої вартості. Заявники скаржились, зокрема, що обмін їхніх облігацій, як того вимагає Закон № 4050/2012 «Про правила внесення змін до державних випусків або гарантійних цінних паперів», становив де-факто експропріацію, що позбавило їх майна або, альтернативно, втручання у їхнє право на повагу до їх власності. Деякі заявники також скаржилися на те, що зазнали дискримінації порівняно з іншими кредиторами, зокрема основними кредиторами, які мають облігації загальною вартістю в кілька мільярдів євро.

Суд постановив, що порушення статті 1 Протоколу № 1 не було. Він зазначив, зокрема, що ця примусова участь призвела до втручання у право заявників на повагу до їх майна в цілях статті 1 Протоколу № 1. Проте це втручання було спрямоване на зацікавленість громадським інтересам, тобто збереження економічної стабільності та реструктуризації державного боргу, коли Греція потрапила у серйозну економічну кризу. Таким чином, Суд постановив, що заявники не зазнали жодного особливого або надмірного тягаря, зважаючи, зокрема, на широкий розсуд держави щодо цієї сфери та зменшення комерційної вартості облігацій, на які вже постраждала зменшена платоспроможність держави, яка, ймовірно, була б неспроможна виконувати свої зобов'язання до набрання чинності новим законом. Суд також вважав, що положення про колективні дії та реструктуризація державного боргу є належним і необхідним засобом зменшення державного боргу, утримання держави від банкрутства. Суд вказав, що заявники мали бути знайомими з вадами фінансового ринку та ризиком можливого падіння вартості їхніх облігацій, враховуючи грецький дефіцит та великий борг країни навіть до кризи 2009 року. Суд також визнав, що *положення статті 14 (заборона дискримінації) Конвенції не було порушено у поєднанні зі статтею 1 Протоколу № 1* у справі заявників, виходячи з того, що процедура обміну облігацій не була дискримінаційною, зокрема через

складність розміщення облігацій на такому нестабільному ринку, складність установа точних критеріїв для диференціювання власників облігацій, ризик загрози для всієї операції, з катастрофічними наслідками для економіки та необхідність швидкого реагування для реструктуризації боргу.

Рішення від 04.07.17 р. у справі «Mockienė v. Lithuania» (заява № 75916/13).

Ця справа стосується зменшення соціальних пільг під час економічної кризи в Литві. Заявниця, колишній співробітник департаменту Пенітенціарної служби, скаржилася, що її пенсія за вислугу була зменшена на 15 %, коли в Литві було прийняте та застосоване нове законодавство із січня 2010 року по грудень 2013 року. Заявниця також скаржилася на те, що вона була дискримінована, оскільки ті, хто отримав пенсії за вислугу років, мали право на компенсацію за зменшені виплати, тоді як вона не мала.

Суд визнав скарги заявниці неприйнятними як явно необґрунтовані. У цьому випадку немає жодних підстав визнати, що влада Литви не змогла досягти справедливого балансу між основними правами заявника та загальними інтересами громади. Суд врахував, зокрема, серйозні економічні труднощі, з якими зіткнулася Литва під час світової фінансової кризи, а також обмежена кількість та тимчасовий характер скорочення пенсії заявника, яка входила до складу більш широкої програми заходів економії. Суд також установив, що нове законодавство, запроваджене у 2010 році, не було дискримінаційним. У цьому відношенні Суд особливо відзначив, що пенсії за вислугу років були дискреційними та залежали від фінансових ресурсів держави, тоді як пенсії за віком були конституційними зобов'язаннями держави і були пов'язані з внесками соціального страхування фізичних осіб. Отже, ці дві групи бенефіціарів не були порівнянними, а це означає, що будь-яка різниця у ставленні до обох сторін не може стати дискримінацією.

Рішення від 14.11.17 р. у справі «P. Plaisier B.V. and others v. The Netherlands» (заява № 46184/16).

Три компанії-заявники скаржились на додатковий податок, який роботодавцям довелося заплатити за заробітну плату вище 150 000 євро, що було



частиною заходів економії бюджету, схвалених під час економічної кризи. Вони стверджували, що податок, затверджений у 2013 році, але застосований до заробітної плати за 2012 рік, був непередбачуваним, несправедливим та дискримінаційним.

Суд визнав заяву неприйнятною як явно необґрунтовану. Загалом було виявлено, що рішення, ухвалені Нідерландами, не виходили за межі дозволів, що надавались органам влади у питаннях оподаткування, і не порушували балансу між загальним інтересом та захистом прав індивідуальних компаній. Суд зазначив, зокрема, що він прийняв заходи із жорсткої економіки різних країн і що кроки, зроблені Нідерландами, також були частиною мети країни виконувати зобов'язання за правилами бюджету Європейського Союзу.

У зв'язку з цим Суд повторив, що, за умови, що законодавчий орган обрав метод, який можливо було б розглядати як обґрунтований і відповідний для досягнення переслідуваної законної мети, Суд не повинен вказувати, чи законодавство представляло найкраще рішення для вирішення цієї проблеми або чи межі розсуду законодавчої влади повинні були здійснюватися в інший спосіб.

Рішення від 10.07.18 р. у справі «Aielli and Others and Arboit and Others v. Italy» (заяви № 27166/18, 27167/18).

Цей випадок стосується реформи підвищення державних пенсійних виплат на 2012 та 2013 роки в контексті кризи бюджетного дефіциту та його наслідків. Заявники, які були пенсіонерами, що отримують більш ніж у три рази основну мінімальну пенсію, скаржились на коригування пенсій по старості.

Суд визнав заяву неприйнятною як явно необґрунтовану. Він, зокрема, зазначив, що італійський законодавчий орган був зобов'язаний втручатися у складний економічний контекст. Зазначений законопроект намагався забезпечити перерозподіл на користь зниження пенсій, зберігаючи при цьому стійкість системи соціального забезпечення для майбутніх поколінь. Також було обмежено можливості для маневру уряду Італії з огляду на обмежені ресурси та ризик того, що Європейська комісія може вжити заходів щодо надмірного дефіциту бюджету. Суд висловив думку, що наслідки реформи не були настільки серйозними, що вони ризикували спричинити труднощі для заяв-

ників при задоволенні витрат на життя в тій мірі, яка була б несумісною зі статтею 1 Протоколу № 1.

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД (СТАТТЯ 6 КОНВЕНЦІЇ)

Рішення від 17.03.15 р. у справі «Adoriso and others v. The Netherlands» (заяви № 47315/13, 48490/13).

Справа стосується прискореного провадження, що дозволяє держателям облігацій заперечувати законність примусового зняття урядом Нідерландів активів, якими вони володіють у SNS Reaal, банківському та страховому конгломераті. У результаті фінансової кризи 2008 року SNS Reaal зіткнувся з проблемами, і уряд вирішив захистити вітчизняну банківську галузь та заощадження клієнтів шляхом націоналізації конгломерату. Заявники скаржились, що десятиденне вікно, яке їм було надане для оскарження експропріації після рішення уряду Нідерландів, було занадто коротким, що в них не було достатньо часу для вивчення заяви, зробленої міністром фінансів (заява отримана пізно в день напередодні слухання з приводу їхньої справи) і що їм було надано доступ лише до неповних версій двох звітів, що стосуються банку та його активів.

Розглянувши скаргу заявників, Суд вирішив, що заява є неприйнятною, виходячи з того, що тимчасові обмеження, що накладаються на власників облігацій у судовому процесі щодо прийняття рішення про законність експропріації, не ставлять їх у несправедливий становище, а їх обмежений доступ до фінансові звіти щодо банку та його активів були необхідними. Що стосується, зокрема, десятиденного строку подання апеляції, Суд визнав, що уряд Нідерландів повинен був негайно втрутитися в SNS Reaal, щоб запобігти серйозній шкоді національній економіці. Десятиденний строк для подання апеляції, як убачається, був дуже коротким, але це не завадило заявникам подати апеляцію. Крім того, після того як їхні апеляції були розглянуті, заявники мали змогу подати додаткові документи та матеріали до дня слухання. На слуханні вони також мали можливість подати додаткові аргументи, у тому числі ті, на які вони раніше не посилалися. Відповідно, Суд не міг визнати, що десятиденний строк для подання апеляцій був настільки коротким, що міг призвести до несправедливого розгляду справи.



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

Рішення від 20.05.14 р. у справі «McDonald v. The United Kingdom» (заява № 4241/12).

Ця справа стосувалася жінки з обмеженою рухливістю, яка скаржилася на скорочення місцевою владою суми, виділеної для її щотижневого догляду. Скорочення було засновано на рішення місцевого органу влади про те, що її потреби у вечірньому та нічному догляді можуть забезпечуватися наданням спеціальних поглинаючих засобів гігієни, замість того, щоб носити її до вбиральні. Заявниця стверджувала, що рішення скоротити допомогу на її догляд на підставі того, що вона може не використовувати вбиральню вночі, навіть якщо її потреби є нестримними, становило не виправдане та непропорційне втручання у її право на повагу до приватного життя та наклало на неї значне обурення.

Суд вирішив, що рішення зменшити суму, виділену на догляд за заявницею, перешкоджає її праву на повагу до її особистого життя. Суд постановив, що було порушення статті 8 Конвенції щодо періоду від 21.11.08 р. до 04.11.09 р., оскільки втручання у права заявниці не відповідає національному законодавству протягом цього періоду. Однак починаючи з 4 листопада Суд дійшов висновку, що рішення місцевого органу влади не надавати їй нічного догляду, відповідало положенням внутрішнього законодавства. Таке втручання переслідувало законну мету, а саме економічне благополуччя держави та ін-

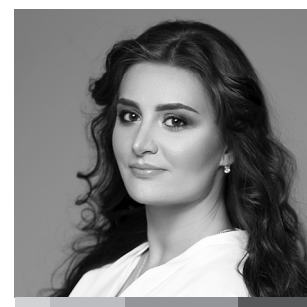
тереси інших користувачів-споживачів. Отже, справа була в тому, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві», особливо якщо зіставити його з економічним добробутом держави. Виконавши цей балансовий акт, Суд наголосив, що держава мала значний розсуд («широкий розсуд») у питаннях, пов'язаних із соціальною, економічною та медичною політикою, особливо при вирішенні питання щодо розподілу обмежених ресурсів. Отже, Суд не повинен замінити власну оцінку суті оскаржуваного рішення за рішенням компетентних національних органів. У зв'язку з цим Суд установив, що як місцева влада (за допомогою ретельного огляду), так і національні суди (у тому числі Апеляційний суд і Верховний суд) збалансували потребу заявниці в догляді. Тому, незважаючи на дуже складну ситуацію, з якою заявниця зіткнулася, ЄСПЛ постановив, що з 04.11.09 р. втручання у її право на повагу до приватного життя було як пропорційним, так і обґрунтованим як «необхідне в демократичному суспільстві», і відхилив цю частину скарги як неприйнятну.

При цьому ст. 41 допускає «справедливу сатисфакцію» потерпілій стороні, якщо визнає факт порушення Конвенції або протоколів, а внутрішнє законодавство відповідної держави не допускає повного відшкодування. У цьому випадку Суд постановив, що Сполучене Королівство мало заплатити пані МакДональд 1 000 євро як компенсацію моральної шкоди та 9 500 євро для покриття витрат та витрат її адвоката.

АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД ОКРЕМИХ РІШЕНЬ, УХВАЛЕНИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ 2018 РОКУ, АБО ПОДАЛЬШІ КРОКИ З ВИВЧЕННЯ АБЕТКИ З ПРАВ ЛЮДИНИ (частина друга)



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., Заслужений юрист України



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

1. СТАТТЯ 2 (ПРАВО НА ЖИТТЯ) КЗПЛ

Рішення від 27.09.18 р. «Менді проти Франції», заява № 71428/12¹.

Використання сили. Смерть особи з психічним розладом, яка погрожувала життю іншої особи внаслідок пострілу співробітника поліції, який його переслідував: заява визнана неприйнятною.

Факти. Заявником є сестра Л. М. У травні 2007 року двоє поліцейських, Л. Л. та С. Т., намагалися заарештувати Л. М., який переслідував Дж. П. Х., погрожуючи йому ножом. Л. М. застрелив поліцейський С. Т.

Право. Стаття 2 (матеріальний аспект) КЗПЛ. Неконтрольована нестійка поведінка Л. М., безсумнівно, складала неминучу загрозу для життя Дж.-П. Х. Л. М. погрожував, а потім переслідував його, озброївшись ножом та відмовляючись підкорятися наказам поліції, ігноруючи попереджувальні постріли і навіть наніс удар ножом сержанту поліції Л. Л., який намагався його зупинити. Він пошкодив руку Л. Л., а потім продовжив

безрозсудно переслідувати Дж.-П. Х., після того як його збив автомобіль. Тому працівники поліції обґрунтовано вважали, що Л. М. не перебував під контролем.

Тому поліцейський С. Т. діяв з щирим переконанням в тому, що життя Дж.-П. Х. перебувало під загрозою, і дійсно вважав, що була необхідна фізична сила, яка надавала йому право використовувати відповідні потенційно смертельні засоби для забезпечення захисту життя Дж.-П. Х.

Поліцейський С. Т. зробив два попереджувальні постріли, і жоден з них не мав будь-якого стримуючого впливу на Л. М. Поліцейський зробив ще два. Смертельний постріл був зроблений, коли поліцейський та жертва перебували в 5 метрах одне від одного, але швидко бігли, що значно знизило точність його пострілу. Л. М. схопили в 4-5 метрах від Дж.-П. Х. З огляду на всі ці факти, дії поліцейського були абсолютною необхідними у зв'язку з серйозною безпосередньою загрозою для життя Дж.-П. Х.

¹ *Mendy v. France*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-186623>.



З огляду на позицію Л. М., нездатність сержанта поліції Л. Л. втрутитися відразу після того, як він був поранений, а також неминучого ризику для Дж.-П. Х., рішення С. Т. стосовно використання його вогнепальної зброї, незважаючи на ризик неточності, викликаний переслідуванням Л. М., могло, за особливих обставин справи, вважатися абсолютно необхідним «для захисту будь-якої особи від незаконного насильства» у значенні ст. 2 § 2 (а) Конвенції.

Крім того, насильницькі дії Л. М. не були пов'язані з будь-яким погрозами з боку поліції, оскільки прояв агресії почався ще до приїзду на місце подій поліції. Крім того, поведінка Л. М. змусила працівників поліції застосувати силу і дало підстави Суду визнати, що застосування сили було обґрунтованим та абсолютно необхідним у світлі обставин справи.

Стаття 122-5 (1) Кримінального кодексу, яка була застосована правоохоронними органами, встановлює критерії законного самозахисту та захисту інших осіб, зазначала «необхідність» захисту та «неминучість» небезпеки і вимагала, щоб реакція була пропорційною агресії. Незважаючи на те, що вони не були сформульовані ідентично, це положення було схожим до ст. 2 Конвенції та містило всі елементи, яких вимагало прецедентне право Суду. З огляду на обставини справи, було зрозуміло, що Франція має відповідну національну нормативну базу, яка регулює використання вогнепальної зброї.

Висновок: неприйнятна (явно необґрунтована).

Суд також визнав неприйнятною як явно необґрунтовану частину заяви відповідно до процесуального аспекту ст. 2 КЗПЛ, оскільки розслідування в цілому було достатньо ефективним для встановлення того, що використання сили було обґрунтоване за цих обставин².

2. СТАТТЯ 3 (ЗАБОРОНА КАТУВАННЯ) КЗПЛ

2.1. Рішення від 20.11.18 р. у справі «Самесов проти Росії», заява № 57269/14³.

Олександр Самесов, 1987 р. н., мешкав у м. Санкт-Петербурзі до його арешту. Справа стосувалася його скарги на жорстоке поводження поліції та відсутність

ефективного розслідування. У червні 2013 року органи влади відкрили кримінальне провадження щодо шахрайства, яке, як стверджувалося, було скоєне заявником, а наступного місяця він був заарештований поліцейськими в масках біля своєї машини на вулиці в м. Санкт-Петербурзі. Самесов стверджує, що з моменту його допровадження до відділку поліції з 4 липня до 5 липня 2013 року співробітники поліції піддавали його жорсткому поводженню для того, щоб змусити його зізнатися в злочинах. Зокрема, він зазнав ударів в голову і живіт, майже задихнувся, коли йому на голову одягли поліетиленовий пакет, декілька разів його били в тулуб, у ліву нирку і погрожували пістолетом. За словами Самесова, співробітник поліції відмовив йому у зверненні до його сім'ї та адвоката.

05.07.13 р. співробітники поліції відвезли Самесова до лікарні в м. Санкт-Петербурзі, в якій були зафіксовані ушкодження. Згідно з медичними записами він був прийнятий як хворий, який потребує невідкладної допомоги, і проходив стаціонарне лікування протягом 4 днів, був поставлений діагноз «забиття лівої нирки», зафіксовано садни та синці на животі, грудях та руках.

Районний суд провів слухання за присутності Самесова та його адвоката 05.07.13 р. і повернув заявника під варту. У серпні 2013 року Самесов подав офіційне звернення щодо жорстокого поводження з ним до Слідчого комітету м. Санкт-Петербурга. У вересні 2013 року слідчий призначив судово-медичну експертизу медичних документів заявника, зазначивши, що він перебував під вартою і не міг з'явитися на експертизу особисто. Слідчий у кінцевому підсумку відмовив у відкритті кримінального провадження, зазначивши, що твердження заявника щодо жорстокого поводження поліції було суперечливим, про що свідчать його спроби уникнути кримінальної відповідальності та надання неправдивої інформації слідчим органам.

Заявник оскаржував відмови слідчих п'ять разів. Чотири відмови були скасовані, але у травні 2016 року Районний суд остаточно відхилив скаргу Самесова. Його апеляція була відхилена.

Посилаючись на ст. 3 Конвенції, заявник скаржився на те, що він зазнав жорстокого поводження з боку

² У цьому контексті практичний інтерес становлять рішення ЄСПЛ у справах «МакКанн та інші проти Сполученого Королівства», № 18984/91, 27.09.95 р., «Макарціс проти Греції», № 50385/99, 20.12.04 р.; «Джуліані та Гаджіо проти Італії», № 23458/02, 24.03.11 р., «Айдан проти Туреччини», № 16281/10, 12.03.13 р., «Ламартін та інші проти Франції», № 25382/12, 08.07.14 р., «Герднер та інші проти Франції», 68780/10, 17.04.14 р.

³ Samesov v. Russia. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-samesov-proti-rosii%D1%97-pres-reeliz/>.



співробітників поліції, а також на те, що держава не провела ефективне розслідування цього питання.

Висновок: порушення ст. 3 (нефективне розслідування, нелюдське та таке, що принижує гідність поведіння).

Справедлива сатисфакція: 20 000 євро (моральна шкода) та 1 944 євро (видатки і витрати).

2.2. Рішення у справі від 20.11.2018 р. «Пульфер проти Албанії», заява № 31959/13⁴.

Заявник, Віолета Пульфер, громадянка Албанії, 1967 р. н., мешкає в м. Тирана, Албанія. Справа стосувалася розгляду органами влади Албанії внутрішніх звинувачень, висунутих заявником, в яких вона стверджувала, що чоловік, в якого вона придбала будинок, С. Н., згодом напав на неї і зробив незаконні спроби виселити її з цього будинку.

У грудні 2011 року пані Пульфер та її чоловік переїхали в будинок у м. Вльора, який вона придбала в С. Н. Будинок був збудований незаконно, але його статус був згодом впорядкований. У січні 2012 року С. Н. намагався позбавити пані Пульфер її володіння. Згодом того ж року, у вересні, він зробив другу спробу виселити її, як стверджувалося, придушуючи її канатом і тягнув її по кімнаті та стінах. За два дні пані Пульфер поїхала в будинок своєї матері в м. Тирана.

У травні 2012 року С. Н. був обвинувачений у злочині самоправство. Це обвинувачення було скасоване в грудні відповідно до Закону про загальну амністію в Албанії, прийнятого попереднього місяця, який перешкодив переслідуванню в кримінальному порядку злочинів, скоєних до 30.09.12 р., і передбачав вирок до менш ніж 2 років ув'язнення.

Після нападу на пані Пульфер у вересні 2012 року прокурор призначив медичний огляд, який виявив видимі сліди на її шиї внаслідок удусення і гематоми на її голові від удару твердого об'єкта. Вона була визнана непрацездатною на термін 9 днів. За декілька днів було відкрите друге розслідування щодо С. Н., який був обвинувачений у нанесенні тілесних ушкоджень. До нього згодом приєдналося третє розслідування, відкрите наступного місяця, у жовтні 2012 року, про стверджуване зловмисне використання телефонних дзвінків після того, як пані Пульфер висунула обвинувачення проти С. Н. У лютому 2013 році зазначені

розслідування були припинені знову у світлі Закону про загальну амністію. Верховний Суд підтвердив це рішення в липні 2016 року після 2 апеляцій, поданих заявником. Два наступних розслідування, відкритих після заходів, вжитих пані Пульфер, були припинені. Заявник стверджувала, зокрема, що органи влади під час розгляду її тверджень про напад не виконали свій обов'язок захищати її. Суд розглянув ці скарги відповідно до ст. 3 (заборона нелюдського або такого, що принижує гідність поведіння) Конвенції.

Висновок: порушення ст. 3 Конвенції.

Справедлива сатисфакція: заявник не подавала жодної вимоги.

3. СТАТТЯ 6 (ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД) КЗПЛ (КРИМІНАЛЬНИЙ АСПЕКТ)

Рішення від 28.08.2018 р. у справі «Данас Візгірда проти Словенії», заява № 59868/08⁵.

Допомога перекладача на російську мову, яку отримав литовець, обвинувачений у Словенії в скоєнні розбійного нападу на банк, не дозволила йому брати активну участь у кримінальному процесі. Тому суд не був справедливим у розумінні ст. 6 Конвенції.

Громадянин Литви Данас Візгірда, який проживав в Люблянці (Словенія), був затриманий за підозрою в пограбуванні банку. Під час судового слухання йому надали російського перекладача. Всі матеріали справи були також перекладені російською.

За результатами слухання справи його визнали винним і призначили покарання. Оскарження вироку успіху не мало. Тоді засуджений звернувся до ЄСПЛ, зазначивши на порушення його права на справедливий суд (ст. 6 Конвенції).

Влада Словенії намагалася в м. Страсбурзі аргументувати свою позицію тим, що Візгірде призначили російськомовного перекладача, оскільки припускали, що російська мова досить поширена в Литві. Однак було встановлено, що влада ніколи не перевіряла, наскільки добре обвинувачений знає російську мову.

То ж суд постановив, що загалом допомога перекладача, яку він отримав, не дозволила йому брати активну участь у процесі, а тому такий суд був несправедливим, а права людини були порушені.

Висновок: порушення ст. 6 Конвенції.

⁴ Pulfer v. Albania (press release). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6255318-8141028%22%5D%7D>.

⁵ Vizgirda v. Slovenia. URL: <https://www.echr.com.ua/yespl-poshirenist-inozemno%D1%97-movi-u-kr%D1%97ni-ne-argument-dlya-spravedlivogo-sudu/>.



Справедлива сатисфакція: компенсація 6 400 євро і 2 500 євро на покриття витрат на судовий розгляд.

3.1. Рішення ЄСПЛ у справі «Візгірда проти Словенії» вже було враховано у своїй практиці **Верховним Судом**. Так, в *ухвалі від 10.10.18 р. у справі № 722/1172/16-к* Верховний Суд зазначив таке⁶. Так, під час судового засідання особа заявила клопотання про надання йому письмового перекладу матеріалів кримінального провадження, згідно з доволі значним за обсягом переліком.

Натомість при вирішенні питання, чи підлягає клопотання засудженого ОСОБА_1 задоволенню, Верховний Суд керувався тим, що право підозрюваного або обвинуваченого користуватися послугами перекладача є обов'язковим та невід'ємним елементом права останнього на справедливий суд.

Так, відповідно до п.п. «е» п. 3 ст. 6 Конвенції кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право, якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, — одержувати безоплатну допомогу перекладача.

Відповідно до ч. 2 ст. 29 КПК особа повідомляється про підозру у вчиненні кримінального правопорушення державною мовою або будь-якою іншою мовою, якою вона достатньо володіє для розуміння суті підозри у вчиненні кримінального правопорушення.

Згідно з ч. 3 ст. 29 КПК слідчий суддя, суд, прокурор, слідчий забезпечують учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, право давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі потреби послугами перекладача в порядку, передбаченому КПК.

Відповідно до ч. 4 ст. 29 КПК судові рішення, якими суд закінчує судовий розгляд по суті, надаються сторонам кримінального провадження або особі, стосовно якої вирішено питання щодо застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, а також представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у перекладі на їхню рідну або іншу мову, якою вони володіють. Переклад інших процесуальних документів кримінального провадження, **надання копій яких передбачено КПК**, здійснюється лише за клопотанням зазначених осіб. Переклад

судових рішень та інших процесуальних документів кримінального провадження засвідчується підписом перекладача.

Вищезгадані норми кореспондують до п. 18 ч. 3 ст. 42 КПК, яким передбачено, що підозрюваний, обвинувачений має право користуватися рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою він володіє, та в разі потреби користуватися послугами перекладача за рахунок держави.

Виходячи з положень кримінального процесуального закону, стороні кримінального провадження в обов'язковому порядку надаються копії (з числа документів, зазначених у клопотанні): — *постанов*: за результатами розгляду клопотань під час досудового розслідування (особам, які подавали клопотання); про зупинення досудового розслідування; про відновлення досудового розслідування; про закриття кримінального провадження; про відмову від підтримання державного обвинувачення; — *ухвал*: про арешт майна (особі, на майно якої накладено арешт); про застосування запобіжних заходів; про зміну запобіжного заходу; про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (особі, на обшук житла чи іншого володіння, якої надавався дозвіл); — *клопотань*: про застосування запобіжних заходів; про зміну запобіжного заходу; — *протоколів*: про затримання; про обшук; про примусове проведення освідування особи. Також *надаються копії*: обвинувального акта, вироку, апеляційної скарги/касаційної скарги (у разі якщо апеляційну/касаційну скаргу подала інша сторона у провадженні), ухвали апеляційного/касаційного суду щодо залишення апеляційної(касаційної) скарги без руху/повернення/відмову у відкритті апеляційного (касаційного) провадження (особі, яка подала апеляційну (касаційну) скаргу), ухвали апеляційного (касаційного) суду про відкриття апеляційного (касаційного) провадження, ухвал судді-доповідача під час підготовки до апеляційного (касаційного) розгляду, судового рішення апеляційного (касаційного) суду, прийнятого за результатами розгляду апеляційної (касаційної) скарги.

Разом із тим Верховний Суд при розгляді зазначеного клопотання виходить із позиції ЄСПЛ, яка викладена в Рішенні від 19.12.89 р. у справі «**Камазінські**

⁶ ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77590130>.

проти Австрії», а саме «не можна вважати, що п. 3 (е) ст. 6 Конвенції вимагає письмового перекладу всіх письмових доказів чи офіційних документів, що є у провадженні. Допомога перекладача має бути такою, щоб забезпечити розуміння підсудним справи проти нього і ведення захисту, зокрема, завдяки тому, що через перекладача він може висувати свою версію подій».

Ще більш детально ЄСПЛ підійшов до аналізу гарантованого права на переклад у Рішенні ЄСПЛ від 24.02.05 р. у справі «Гусейн проти Італії». Так, Суд зазначає, що гарантія, передбачена п.п. «е» п. 3 ст. 6 Конвенції, не застосовується настільки широко, щоб включати в себе вимогу про надання обвинуваченому у кримінальній справі письмового перекладу будь-яких документальних доказів або офіційних паперів, долучених до матеріалів справи. При цьому Суд зазначив, що в цій нормі Конвенції зазначається «усний перекладач», а не «письмовий перекладач». Це дає підставу вважати, що надання лінгвістичної допомоги обвинуваченому в усній формі може відповідати вимогам Конвенції. Проте усний переклад повинен бути таким, щоб дати можливість обвинуваченому бути ознайомленим з порушеною проти нього справою і здійснювати свій захист та особливо мати можливість викладати суду свою версію подій. Цієї ж позиції ЄСПЛ дотримувався і в нещодавній справі «Візгірда проти Словенії».

Виходячи з наведеного, Верховний Суд дійшов висновку, що клопотання засудженого ОСОБА_1 у частині надання йому копій ухвал про продовження строку тримання під вартою; протоколу про затримання з перекладом на російську мову, підлягає задоволенню.

Разом із тим у решті клопотання засудженого щодо надання йому копій із перекладом на російську мову інших матеріалів кримінального провадження, є безпідставним і таким, що не ґрунтується на вимогах КПК, оскільки надання цих копій не передбачено кримінальним процесуальним законом. Крім того, Верховний Суд звертає увагу на те, що засудженому неодноразово роз'яснювалося, що надання письмового перекладу всіх матеріалів кримінального провадження не передбачено чинним КПК, що він повинен сумлінно ставитися до реалізації своїх прав, також засудженому неодноразово надавалася можливість

без обмежень у часі знайомитися з матеріалами кримінального провадження, користуючись допомогою перекладача. Більше того, Верховний Суд висловив готовність забезпечити переклад тих матеріалів, які необхідні засудженому для підготовки до розгляду провадження в касаційному суді, але засуджений послідовно наполягав на необхідності надати йому письмовий переклад всіх або майже всіх матеріалів кримінального провадження. При цьому засуджений не навів у клопотанні переконливого обґрунтування необхідності надання письмового перекладу матеріалів кримінального провадження саме в такому великому обсязі, не зазначив, яким чином усі ці документи стосуються розгляду касаційних скарг, поданих ним і його захисником. У зв'язку з цим і з огляду на положення ст. 29 КПК, Верховний Суд вважає за потрібне забезпечити письмовий переклад лише тих документів, надання копій яких передбачено КПК.

Отже, враховуючи викладене та керуючись ст. 369, та 376 ч. 2, 441 КПК, Верховний Суд ухвалив: клопотання засудженого ОСОБА_1 задовольнити частково. Надати йому копії з перекладом на російську мову матеріалів кримінального провадження, надання копій яких передбачено ст. 29 КПК.

4. РІШЕННЯ ВІД 13.11.18 Р. У СПРАВІ «ПАУЛЬ І БОРОДІН ПРОТИ РОСІЇ», ЗАЯВА № 28508/14⁷

*Оскільки подовження строків апеляційного оскарження є втручанням у принцип **res judicata**, особа, яка подає запит про це, має діяти негайно з моменту, коли вона дізналася або мала дізнатися про рішення, що підлягає оскарженню.*

Адвокатська контора надавала юридичну допомогу транспортній компанії за угодою, згідно з якою адвокати мали отримати гонорар успіху в розмірі 2,5 % від суми позову (що становило близько \$500 тис.). Вигравши справу, клієнт відмовився платити, пославшись на важке фінансове становище. Тоді адвокати стягнули заборгованість через суд, який повністю задовольнив вимоги, поклавши при цьому субсидіарну відповідальність на міськкадіміністрацію. Гроші були перераховані на рахунок контори, а саме рішення не оскаржувалося.

Утім, за два з половиною роки прокурор області звернувся до суду із заявою про відновлення процесу-

⁷ Paul and Borodin v. Russia. URL: <https://www.echr.com.ua/yespl-nagadav-umovu-pravomirного-podovzhennya-sudom-terminiv-apelyaci%D1%97/>.



ального строку на оскарження рішення. При цьому ані транспортна компанія, ані міська адміністрація, на яку судом було покладено субсидіарну відповідальність погасити заборгованість перед адвокатською контрою, у процесі розгляду заяви про поновлення пропущеного строку не брали участь і не підтримували її.

У кінцевому підсумку суд ухвалив рішення скасувати попереднє рішення суду про стягнення суми заборгованості за угодами про надання юридичної допомоги, посилаючись на незаконність і необґрунтованість рішення, а також на неправильне застосування нижчим судом норм процесуального права. Адвокати не змогли домогтися позитивного рішення ані у Верховному, ані у Конституційному судах, тому подали скаргу до ЄСПЛ, пославшись на порушення принципу винятковості ролі прокуратури в цивільному судочинстві, встановленого ст. 6 Конвенції.

Приймаючи рішення у цій справі, ЄСПЛ зазначив, що продовження строків апеляційного оскарження є втручанням у принцип *res judicata*. Тому особа, яка подає запит про це, має діяти негайно з моменту, коли вона дізналася або повинна була дізнатися про рішення, що підлягає оскарженню.

З урахуванням обставин справи, Суд констатував факт порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції, оскільки був порушений принцип правової визначеності. Приймаючи рішення, ЄСПЛ послався на справу «*Магомедов та інші проти Росії*», де встановив, що національні суди не виконали обов'язки з перевірки моменту, коли вступає в справу сторона, що довідалася або мала дізнатися про прийняття судового рішення проти неї, у тому числі, з урахуванням значного часового інтервалу між винесенням рішень і подачею прострочених апеляційних скарг. При цьому Суд підкреслив, що й у цій справі не бачить підстав для іншого висновку.

4.1. У наведеному рішенні слід привернути увагу читача до двох аспектів: *право на судовий захист та res judicata*. Дійсно, ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу на необхідність дотримуватися принципу юридичної визначеності, який є одним із фундаментальних аспектів верховенства права і передбачає повагу до принципу *res judicata* — принципу остаточності рішень суду. Цей принцип наголошує, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду тільки тому, що вона має на меті домогтися нового слухання справи та нового її вирішення. Повноваження вищих

судових органів стосовно перегляду мають реалізуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підмінити собою касацію, а сама можливість існування двох думок на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть бути лише за наявності підстав, зумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру («*Пономарьов проти України*»).

Разом з тим у пп. 33 та 34 Рішення ЄСПЛ у справі «*Христов проти України*» («*Khristov v. Ukraine*», від 19.02.09 р., заява № 24465/04) повторив, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване п. 1 ст. 6 Конвенції, слід тлумачити в контексті преамбули Конвенції, яка, зокрема, проголошує верховенство права як складову частину спільної спадщини Договірних Держав. Одним із основоположних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, згідно з яким у разі остаточного вирішення спору судами їхнє рішення, що набрало законної сили, не може ставитися під сумнів (див. справу «*Brumarescu v. Romania*», № 28342/95, п. 61).

Принцип юридичної визначеності вимагає поваги до принципу *res judicata*, тобто поваги до остаточного рішення суду. Згідно з цим принципом жодна сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою — домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. Повноваження судів вищого рівня з перегляду мають надаватися для виправлення судових помилок і недоліків, а не для нового розгляду справи. Таку контрольну функцію не слід розглядати як замасковане оскарження, і сама лише ймовірність існування двох думок стосовно предмета спору не може бути підставою для нового розгляду справи. Відступлення від цього принципу можливе лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини (див. справу «*Ryabikh v. Russia*», № 52854/39, п. 52). Отже, у справі, що розглядається, Суд має визначити, чи здійснювали органи влади свої повноваження з порушенням та проведенням екстраординарної процедури перегляду судової постанови таким чином, щоб забезпечити, наскільки це можливо, справедливу рівновагу між інтересами відповідної особи та необхідністю підтримання ефективності системи судочинства (див., *mutatis mutandis*, справи



«*Nikitin v. Russia*», № 50178/99, п. 57, та «*Savinskiy v. Ukraine*», № 6965/02, п. 23, від 28.02.06 р.).

Таким чином, слід мати на увазі, як зазначається в ухвалі Верховного Суду від 07.11.18 р.⁸, для вирішення питання, які судові рішення можуть бути предметом перегляду за нововиявленими обставинами, Суд звертається до загальних принципів, що визначають кримінальний процес.

Частина 1 ст. 129 Конституції України передбачає, що судові рішення є обов'язковим до виконання. Стаття 8 КПК установлює, що кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, а принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ.

У численних рішеннях, зокрема в Рішенні у справі «*Ryabykh v. Russia*», ЄСПЛ зазначив: «Право на справедливий судовий розгляд, гарантоване ст. 6 § 1 Конвенції, має тлумачитися у світлі Преамбули Конвенції, яка <...> декларує верховенство права як спільну спадщину Договірних Держав. Одним з фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який вимагає, серед іншого, щоб коли суди остаточно вирішили справу, їхні рішення не могли бути поставлені під сумнів.

Правова визначеність передбачає повагу до принципу *res judicata*, тобто принципу остаточноності (*finality*) судового рішення. Цей принцип передбачає, що жоден учасник процесу не вправі вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення, лише з метою повторного або нового розгляду справи. Повноваження вищих судів на перегляд справи мають використовуватися для виправлення судових помилок чи порушень у відправленні правосуддя, але не для нового розгляду справи. Перегляд не може використовуватися як повторна апеляція і сама собою можливість існування двох різних поглядів на справу не може бути підставою для перегляду. Відступ від цього принципу є виправданим лише у випадку, якщо зумовлений обставинами суттєвого та вагомого характеру» (п. 51 — 52).

Системне тлумачення гл. 34 КПК у сукупності з наведеними вище положеннями призводить до висновку, що перегляд за нововиявленими обставинами є надзвичайним (екстраординарним) переглядом судових рішень у виняткових випадках, коли після завершення

розгляду кримінальної справи у звичайному порядку (у судах першої, апеляційної і касаційної інстанції) виявлені обставини, що могли суттєво вплинути на прийняті судові рішення, і внаслідок завершення кримінального провадження розгляд цих обставин у звичайному порядку кримінального провадження став недоступним.

Цей висновок підтверджується, крім іншого, і самим текстом ст. 459 КПК, відповідно до якого нововиявленими обставинами визнаються: — «штучне створення або підроблення доказів <...>, на яких ґрунтується вирок»; — «скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути»; — «інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали».

Відповідно до цього положення нововиявлені обставини мають стосуватися лише вироку або судових рішень, що постановлені щодо цього вироку, тобто судового рішення по суті кримінального обвинувачення.

Таким чином, Суд робить висновок, що за нововиявленими обставинами можуть бути переглянуті лише судові рішення по суті кримінального обвинувачення, що набрали законної сили, у випадку коли кримінальне провадження закінчено і рішення стали остаточними.

Враховуючи системний аналіз змісту гл. 34 КПК та загальні засади кримінального провадження, Суд вважає, що кримінальне провадження за нововиявленими обставинами являє собою форму перегляду рішень суддів, які набрали законної сили. За своїм змістом ця стадія кримінального процесу виступає як механізм, що доповнює звичайні заходи забезпечення правосудності судових рішень у кримінальних провадженнях. Цей вид провадження має резервне значення та використовується лише у випадках, коли вичерпані всі інші допустимі засоби процесуально-правового захисту. Аналіз нововиявлених обставин, перелік яких наведено у ч. 2 ст. 459 КПК, надає можливість визначити, що жодна з таких обставин не може бути зафіксована ухвалою Верховного Суду про відмову у задоволенні клопотання про поновлення строку касаційного оскарження.

⁸ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77764250#>.



Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 02.05.18 р., якою відмовлено адвокату Коваленку М. М. в інтересах компанії EROSARIA LTD у задоволенні його клопотання про поновлення строку касаційного оскарження ухвали Апеляційного суду Черкаської області від 02.11.17 р., не закінчує розгляд справи, тому не може бути предметом перегляду за нововиявленими обставинами.

Відповідно до ст. 464 КПК не пізніше наступного дня після надходження заяви до суду суддя перевіряє її відповідність вимогам ст. 462 цього Кодексу і вирішує питання про відкриття кримінального провадження за нововиявленими обставинами.

Вирішення судом питання про відкриття провадження означає, що питання стосується того, чи є підстави для відкриття провадження, і таким чином, Суд вважає, що таке формулювання дає повноваження як відкрити, так і відмовити у відкритті провадження, і вирішення цього питання залежить від наявності або відсутності підстав для відкриття провадження.

З огляду на викладене, суд дійшов висновку, що слід відмовити у відкритті провадження за заявою представника EROSARIA LTD — адвоката Серих В. В. — про перегляд за нововиявленими обставинами ухвали ККС Верховного Суду від 02.05.18 р.

4.2. Також слід навести **Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 1 ст. 294, ст. 326 Кодексу України про адміністративні правопорушення 23.11.18 р. № 10-р/2018**⁹. Так, у п. 2 мотивувальної частини цього Рішення КСУ зазначається, що до основних засад судочинства згідно з Конституцією України належать, у тому числі, забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судового рішення, а також обов'язковість судового рішення (пп. 8 та 9 ч. 2 ст. 129). Основним Законом України встановлено, що суд ухвалює рішення іменем України; судові рішення є обов'язковим до виконання (ч. 1 ст. 129-1); юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення (ч. 3 ст. 124).

За юридичною позицією КСУ право на судовий захист як вид державного захисту прав і свобод лю-

дини та громадянина передбачає і конкретні гарантії ефективного поновлення в правах шляхом здійснення правосуддя; відсутність такої можливості обмежує це право, яке за змістом ч. 2 ст. 64 Конституції України не може бути обмежено навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (абз. 15 п. 3 мотивувальної частини Рішення від 07.05.02 р. № 8-рп/2002); правосуддя по своїй суті визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах (абз. 10 п. 9 мотивувальної частини Рішення від 30.01.03 р. № 3-рп/2003). Отже, право на судовий захист є гарантією реалізації інших конституційних прав і свобод, їх утвердження й захисту за допомогою правосуддя.

Відповідно до принципу верховенства права держава має запровадити таку процедуру апеляційного перегляду справ, яка забезпечувала б ефективність права на судовий захист на цій стадії судового провадження, зокрема давала б можливість відновлювати порушені права і свободи та максимально запобігати негативним індивідуальним наслідкам можливої судової помилки.

Крім того, КСУ у своєму Рішенні зазначив, що за змістом п. 9 ч. 2 ст. 129, ч. 1 ст. 129-1 Конституції України у зв'язку з її п. 2 ч. 2, ч. 5 ст. 81, п. 3, 5 ч. 7 ст. 126, п. 4, 5 ч. 1 ст. 149-1 набрання судовим рішенням законної сили є юридичною подією, з настанням якої виникають, змінюються чи припиняються певні правовідносини, а таке рішення набуває нових властивостей. Основною з цих властивостей є обов'язковість — сутнісна ознака судового рішення як акта правосуддя.

Вочевидь, що строки апеляційного оскарження не можуть бути не лише безпідставно продовжені, а й безпідставно скорочені. А саме: у наведеному Рішенні орган конституційної юрисдикції зазначив, що *не вбачає у набранні законної сили постановами про застосування адміністративного арешту та виконанні цих постанов до закінчення строку на їх апеляційне оскарження такої суспільної необхідності, яка виправдовувала б пов'язане з цим обмеження прав на судовий захист та апеляційний перегляд справи, та вважає, що таке обмеження не узгоджується з принципом верховенства права, не відповідає критеріям розумності, пропорційності, обґрунтованості.*

⁹ Далі за текстом — Рішення КСУ, див. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-18>.



4.3. Забезпечення права на апеляційне оскарження знаходить свою реалізацію у практиці Верховного Суду.

Наприклад, у **Рішенні від 15.11.18 р. у справі № 642/831/18 Верховний Суд**¹⁰ зазначив, що з матеріалів провадження вбачається, що слідчий суддя Ленінського районного суду м. Харкова ухвалою від 16.05.18 р. задовольнив частково скаргу ОСОБА_3 на постанову слідчого Літкевича В. П. про відмову у задоволенні клопотання від 07.05.18 р. та зобов'язав слідчого СВ Холодногірського ВП ГУНП в Харківській області Літкевич В. П. визнати речовим доказом нежитлове приміщення по АДРЕСА_1, оскільки зазначене приміщення є безпосереднім предметом злочину у кримінальному провадженні, внесеному до ЄДРП № 12014220480005889.

Ухвалою судді Апеляційного суду Харківської області від 29.05.18 р. відмовлено у відкритті апеляційного провадження за скаргою ОСОБА_2 на вищезазначену ухвалу слідчого судді. При цьому апеляційний суд виходив з того, що чинним кримінальним процесуальним законодавством не передбачено оскарження в апеляційному порядку ухвали слідчого судді, якою задоволена скарга про відмову в задоволенні клопотання. Крім того, апеляційний суд зазначив, що ст. 309 КПК визначено вичерпний перелік ухвал слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, і це не дає можливості діяти вибірково щодо кожного конкретного випадку, а тому посилання на засади законності та верховенства права, як на підставу оскарження ухвали слідчого судді, не ґрунтується на нормах кримінального процесуального закону, які є спеціальними щодо загальних засад.

Разом із тим, виходячи з позиції, яка була викладена **Великою Палатою Верховного Суду, у постанові від 23.05.18 р. (справи № 237/1459/17 та 243/6674/17)** суд касаційної інстанції не погоджується з такими висновками апеляційного суду та вважає, що оскільки слідчим суддею постановлено ухвалу, що не передбачена кримінальними процесуальними нормами, до яких направляє положення ст. 309 КПК, суд апеляційної інстанції не вправі був відмовити у перевірку її законності, посилаючись на норми 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.

Також, беручи до уваги **правову позицію КСУ, висловлену у Рішенні від 08.04.15 р. № 3-рп/2015 (п. 2.1)**, що згідно з практикою ЄСПЛ у ст. 6 Конвенції, якою передбачено право на справедливий суд, не встановлено вимоги до держав засновувати апеляційні або касаційні суди. Там, де такі суди існують, гарантії що містяться у зазначеній статті, повинні відповідати також і забезпеченню ефективного доступу до цих судів (справа **«Делкур проти Бельгії»**, від 17.01.70 р., п. 25 та справа **«Гофман проти Німеччини»** від 11.10.01 р., п. 65).

Таким чином, допущені апеляційним судом порушення вимог кримінального процесуального закону згідно з ч. 1 ст. 412 КПК є істотними, оскільки перешкодили ухваленню законного та обґрунтованого судового рішення.

За наведених обставин суд ухвалив, що касаційна скарга ОСОБА_2 підлягає задоволенню, а ухвала судді апеляційного суду — скасуванню на підставі п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

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

Рішення від 13.09.18 р. у справі «Big Brother Watch та інші проти Сполученого Королівства», заява № 58170/13 та ін.¹¹.

Повага до приватного життя. Дотримання Конвенції режимом прихованого спостереження, яке містило широкомасштабне перехоплення зовнішнього спілкування: порушення.

Факти. Заявники, низка компаній, благодійних організацій, організацій та фізичних осіб подали три заяви до Суду зі скаргою на обсяг і масштаб програм електронного спостереження, якими керував уряд Сполученого Королівства. Всі заявники вважали, що через характер їх діяльності їх електронне спілкування, ймовірно, перехоплювалося або було перехоплене службами розвідки Сполученого Королівства; отримане службами розвідки після перехоплення іноземними урядами; та/або отримане органами влади від постачальників послуг зв'язку (CSP).

¹⁰ ЄДРП. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77969039>.

¹¹ Big Brother Watch and others v. United Kingdom. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048>.



Заявники скаржилися на сумісність зі ст. 8 КЗПЛ трьох дискретних режимів: режим широкомасштабного перехоплення спілкування відповідно до Розділу 8 (4) Закону про слідчі повноваження (RIPA); режим обміну розвідувальними даними; та режим отримання даних спілкування відповідно до розділу II RIPA.

Заявники у третій з об'єднаних справ подали скаргу до Судового органу з питань слідчих повноважень (IPT), стверджуючи про порушення ст. 8, 10 та 14 Конвенції. Стосовно перехоплення зовнішнього спілкування відповідно до ордеру, виданого згідно з Розділом 8 (4) RIPA, IPT установив, що режим та гарантії в достатньому рівні відповідали вимогам, установленим ЄСПЛ у справі «*Вебер та Саравія проти Німеччини*», для того, щоб втручання було «відповідним до закону» для цілей ст. 8 Конвенції. Проте Суд виявив два «технічні» порушення ст. 8 стосовно одного випадку утримання протягом більш ніж дозволеного законом перехопленого матеріалу, а в іншому випадку недотримання належної процедури відбору-перевірки. Заявники з першої та другої об'єднаних справ не подали скаргу до IPT.

Право. Стаття 35 (вичерпання національних засобів судового захисту): IPT був спеціальним судовим органом з єдиною юрисдикцією розгляду заяв про протиправне втручання в спілкування внаслідок поведінки, охопленої RIPA. Він розглядав неконкретизоване дотримання відповідного режиму перехоплення, а також конкретне питання стосовно того, чи, по суті, були порушені права окремого заявника. Особи, які брали участь у наданні дозволу та виконанні ордеру на перехоплення, повинні були розкривати IPT усі необхідні документи, у тому числі документи, які стосуються внутрішніх заходів щодо обробки даних, які не можуть бути оприлюднені з міркувань національної безпеки, незалежно від того, чи ці документи підтримували або підірвали їх захист. IPT мав дискреційне право проводити усне слухання, якщо це можливо, публічно і в закритому провадженні, він міг призначати адвоката судового органу для подання заяв від імені позивачів, яких було неможливо представляти. Під час розгляду скарги IPT мав право присуджувати компенсацію і видавати будь-які інші накази, які він вважав необхідними, у тому числі скасувати або анулювати будь-який ордер і вимагати знищення будь-яких записів. Під час розгляду скарги, поданої заявниками у третій з об'єднаних справ, IPT використовувала

всі ці повноваження на користь заявників. З огляду на спосіб, у який IPT здійснював свої повноваження протягом останніх 15 років та дуже суттєвий вплив його рішень на національне законодавство і практику, занепокоєння, висловлені Судом у справі «*Кеннеді проти Сполученого Королівства*», щодо його ефективності як засобу судового захисту для скарг на загальне дотримання прихованого режиму спостереження вже не було дійсним.

Суд дійшов висновку, що, якщо IPT установлював, що режим спостереження був несумісним з Конвенцією, уряд гарантував, що будь-які недоліки будуть виправлені та вирішені. Таким чином, тоді як докази, надані урядом, не продемонстрували існування «зобов'язання, що має юридичну силу», яке вимагає від нього усунення будь-якої несумісності, виявленої IPT, Суд визнав, що практика надання чинності його висновкам про несумісність національного законодавства з Конвенцією була достатньо впевненою для того, що він був задоволений ефективністю засобу судового захисту. Проте Суд погодився з тим, що на той час, коли заявники у першій і другій об'єднаних справах подали свої заяви, їх неможливо було обвинувачувати в тому, що вони поклалися на справу Кеннеді як авторитетне джерело щодо твердження, що IPT не був ефективним засобом судового захисту для скарги на загальне дотримання Конвенції режимом спостереження. Тому Суд виявив, що існували особливі обставини, які звільняли цих заявників від вимоги спочатку подати свої скарги до IPT.

Стаття 8 (а) Режим Розділу 8 (4) (i) Загальні принципи, які стосуються заходів прихованого спостереження, в тому числі перехоплення спілкування. У своєму прецедентному праві щодо перехоплення спілкування в кримінальних розслідуваннях Суд розробив такі 6 мінімальних вимог, які повинні бути викладені в законі з метою уникнення зловживань повноваженнями: характер правопорушень, які можуть викликати наказ про перехоплення; визначення категорій осіб, які несуть відповідальність за перехоплення їх спілкування; обмеження тривалості перехоплення; процедура, якої необхідно дотримуватися для вивчення, використання та зберігання отриманих даних; заходи безпеки, які необхідно вжити під час передачі даних іншим сторонам; а також обставини, за яких перехоплені дані можуть або повинні бути видалені або знищені. У справі «*Роман Захаров проти Росії*» Суд підтвердив, що ці



ж б мінімальних вимог також застосовувалися у справах, в яких перехоплення відбувалося з міркувань національної безпеки; проте під час визначення того, чи оскаржене законодавство порушувало ст. 8, він також повинен був розглянути домовленості з нагляду за здійсненням заходів прихованого спостереження, будь-які механізми повідомлення та засоби судового захисту, передбачені національним законодавством.

Перегляд і нагляд за заходами прихованого спостереження може відбуватися на 3 етапах: коли спостереження було вперше призначене, тоді як воно проводилося, або після того, як воно було припинене. Стосовно перших 2 етапів, сам характер і логіка прихованого спостереження диктували, що не лише сам нагляд, а й супровідний перегляд повинні здійснюватися без відома особи. Отже, оскільки особа неодмінно буде недопущена до вимагання засоби судового захисту за власною ініціативою або до безпосередньої участі в будь-якому наглядовому провадженні, було важливо, щоб установлені процедури самі забезпечували відповідні та еквівалентні гарантії захисту їх прав. У сфері, в якій зловживання було потенційно дуже легким в окремих випадках і могло мати шкідливі наслідки для демократичного суспільства взагалі, у принципі, було бажано довірити наглядовий контроль судді тому, що судовий контроль пропонує найкращі гарантії незалежності, неупередженості і належної процедури.

Стосовно третього етапу, після того як спостереження було припинене, питання про наступне повідомлення про заходи спостереження було нерозривно пов'язане з ефективністю засобів судового захисту в судах і, отже, з існуванням ефективних гарантій від зловживання повноваженнями з контролю. У принципі, існувало небагато можливостей для звернення до суду за винятком, якщо остання була проінформована про заходи, вжиті без його або її відома, і, таким чином, мала можливість оскаржити їх законність ретроспективно або як альтернатива, якщо будь-яка особа, яку підозрюють у тому, що він або вона підпорядковувалися спостереженню, могла подати заяву до судів, юрисдикція яких не залежала від повідомлення суб'єкта спостереження про вжиті заходи.

(b) *Тест, який необхідно застосовувати.* Суд відхилив доказ заявників стосовно того, що б мінімальних вимог повинні бути «оновлені». включивши вимоги об'єктивних доказів обґрунтованої підозри щодо осіб,

дані яких розшукуються, до видачі незалежним судовим органом ордеру на перехоплення, а також наступне повідомлення суб'єкта спостереження.

Було зрозуміло, що широкомасштабне перехоплення є цінним засобом для досягнення переслідуваних законних цілей, особливо з урахуванням поточного рівня загрози глобального тероризму і серйозних злочинів. Широкомасштабне перехоплення було за визначенням нецільовим і вимога «обґрунтованої підозри» зробила б роботу такої схеми неможливою. Так само вимога «наступного повідомлення» передбачала існування чітко визначених цілей спостереження, що не було у випадку режиму широкомасштабного перехоплення. Незважаючи на те, що Суд вважав судовий дозвіл важливою гарантією та, можливо, навіть «найкращою практикою», вона не може бути ні необхідною, ні достатньою для забезпечення дотримання ст. 8 Конвенції. Швидше, необхідно звернути увагу на фактичну роботу системи перехоплення, тому числі перевірки і встановлення балансу між використанням повноважень, а також існуванням або відсутністю будь-яких доказів фактичного зловживання.

Відповідно, Суд розглядатиме обґрунтування будь-якого втручання з посиланням на б мінімальних вимог, адаптуючи їх, якщо це необхідно для того, щоб відобразити роботу режиму широкомасштабного перехоплення. Суд також буде враховувати додаткові доречні фактори, які він виявив у справі «Роман Захаров проти Росії».

(iii) *Сфера застосування заходів прихованого спостереження.* Розглядаючи перші 2 мінімальні вимоги, Суд вважав, що відповідне положення закону було достатньо чітким, надаючи громадянам відповідну вказівку на обставини та умови, за яких може бути виданий ордер відповідно до Розділу 8 (4). Не існувало жодних доказів того, що Державний секретар видавав ордери без належного та відповідного розгляду. Процедура видачі дозволу підпорядковувалася незалежному нагляду, а IPT мав значну юрисдикцію для розгляду будь-якої скарги на незаконне перехоплення. Суд визнав, що положення, які стосуються тривалості та відновлення ордерів на перехоплення, положення, які стосуються зберігання, оцінювання, розгляду і використання перехоплених даних, положення щодо процедури, якої необхідно дотримуватися для передачі перехоплених даних іншим особам, та положення про видалення та знищення перехопленого матеріалу



були достатньо чіткими для того, щоб забезпечити належні гарантії від зловживань.

Стосовно відбору повідомлень для перевірки, після того як повідомлення були перехоплені і профільтовані, повідомлення, які не були відкинуті в режимі реального часу були додатково обстежені; насамперед шляхом автоматичного застосування, за допомогою комп'ютера, простих селекторів (наприклад, e-mail або номера телефонів) і початкових критеріїв пошуку, а потім з використанням складних запитів. Селектори та критерії пошуку не повинні бути оприлюднені; а також вони не обов'язково повинні бути перераховані в ордері на перехоплення. Проте критерії пошуку та селектори, які використовуються для фільтрування перехоплених повідомлень, повинні підпорядковуватися незалежному нагляду; гарантія, яка, як виявляється, є відсутньою в режимі Розділу 8 (4). На практиці лише незалежний контроль процесу фільтрування і відбору перехоплених даних для дослідження був *post factum* контролем Уповноваженим з питань перехоплення спілкування і, якщо була подана заява для цього, IPT. У режимі широкомасштабного перехоплення, в якому повноваження з перехоплення не були суттєво зменшені умовами ордеру, гарантії, застосовні під час фільтрування та відбору на етапі розгляду, обов'язково повинні бути більш надійними.

Суд був задоволений тим, що розвідувальні служби Сполученого Королівства серйозно сприйняли свої зобов'язання відповідно до Конвенції і не зловживали своїми повноваженнями відповідно до Розділу 8 (4) RIPA. Проте розгляд цих повноважень виявив дві основні проблемні сфери: 1) відсутність контролю за всім процесом відбору, у тому числі вибір носіїв для перехоплення, селекторами і критеріями пошуку для фільтрування перехоплених повідомлень, а також вибором матеріалу для розгляду аналітиком; 2) відсутність будь-яких реальних гарантій, застосовних до відбору відповідних даних спілкування для проведення дослідження. З огляду на ці недоліки, Суд установив, що режим Розділу 8 (4) не відповідав вимозі «якості права» і не міг утримати «втручання» в межах того, що було «необхідним у демократичному суспільстві».

Висновок: порушення (5 голосів проти 2).

(b) *Режим обміну розвідувальною інформацією.* Суду вперше було запропоновано розглянути питання про дотримання Конвенцією режимом обміну інформацією. Втручання в справі не було викликано

перехопленням спілкування, але полягало в отриманні перехопленого матеріалу і наступному зберіганні, вивченні і використанні розвідувальними службами держави-відповідача. Обставини, за яких можливо подати запит для отримання перехопленого матеріалу від іноземних розвідувальних служб, повинні бути викладені в національному законодавстві для того, щоб уникнути зловживань повноваженнями. Незважаючи на те, що обставини, за яких такий запит може бути поданим, можуть бути неідентичними обставинам, за яких держава може здійснювати перехоплення, вони повинні бути достатньо окресленими для того, щоб перешкодити — наскільки це можливо — державам використовувати ці повноваження для того, щоб обійти або національне законодавство або їх зобов'язання згідно з Конвенцією. Суд був задоволений тим, що в законодавстві існувала основа для подання запиту для отримання розвідувальної інформації до іноземних розвідувальних служб, а також тим, що цей закон був достатньо доступним і переслідував декілька законних цілей. Крім того, Суд вважав, що відповідне національне законодавство та кодекс з достатньою чіткістю вказували процедуру подання запиту для отримання або передачі перехопленого матеріалу від іноземних розвідувальних служб. Не існувало жодних доказів суттєвих недоліків у застосуванні та функціонуванні режиму.

Висновок: відсутність порушення (5 голосів проти 2).

(c) *Режим Розділу II.* Режим Розділу II дозволяв деяким державним органам влади отримувати дані про спілкування від постачальників послуг зв'язку (CSP). Національне законодавство, у тлумаченні національних органів влади у світлі прецедентного права Суду Європейського Союзу (CJEU), вимагало, щоб будь-який режим дозволяв органам влади отримувати доступ до даних, збережених відповідно до обмеженого доступу CSP до мети боротьби з «серйозним злочином», а також те, щоб цей доступ підлягав попередньому перегляду судом або незалежним адміністративним органом. Оскільки режим Розділу II надавав дозвіл на доступ до збережених даних з метою боротьби зі злочинністю (а не «серйозних злочинів») і, окрім випадків, коли доступ до інформації був необхідний для визначення джерела журналіста, він не був предметом попереднього перегляду судом або незалежним адміністративним органом та не міг бути відповідним закону у значенні ст. 8 Конвенції.



Висновок: порушення (6 голосів проти 1).

Стаття 10 Конвенції. Заявники в другій з об'єднаних справ, журналіст і організація із збору новин, скаржилися на втручання в конфіденційний журналістський матеріал, яке відбулося під час функціонування режимів Розділу 8 (4) і Розділу II.

(а) *Режим Розділу 8 (4).* Заходи спостереження відповідно до режиму не були спрямовані на моніторинг журналістів або розкриття журналістських джерел. Як правило, органи влади дізнаються про це лише під час розгляду перехоплених повідомлень, якщо були перехоплені повідомлення журналіста. Перехоплення таких повідомлень не може бути охарактеризованим як особливо серйозне втручання у свободу вираження поглядів. Проте втручання було б більш серйозним, якщо б ці повідомлення були для розгляду і могло бути «обґрунтоване лише переважаючою вимогою інтересу суспільства», якщо супроводжувалося достатніми гарантіями, пов'язаними з обставинами, за яких вони можуть бути обрані спеціально для дослідження, а також із захистом конфіденційності, якщо вони були обрані, навмисно або іншим чином, для дослідження. Особливе занепокоєння викликало те, що не існувало жодних вимог, які б обмежували повноваження розвідувальних служб із пошуку конфіденційного журналістського або іншого матеріалу (наприклад, використовуючи e-mail журналіста як селектор), або вимагали від аналітиків під час відбору матеріалу для дослідження звернення особливої уваги тому, чи був залучений або міг бути залучений такий матеріал. Отже, може здаватися, що аналітики могли шукати і досліджувати без обмежень зміст і пов'язані з ним дані спілкування цих перехоплених повідомлень.

З урахуванням потенційного стримуючого ефекту, який може мати будь-яке передбачуване втручання в конфіденційність їх спілкування і, зокрема їх джерела на свободу преси, а також за відсутності будь-яких опублікованих угод, які обмежують здатність розвідувальних служб шукати і досліджувати такий матеріал, окрім випадків, коли «це було обґрунтовано перева-

жаючою вимогою в інтересах суспільства», Суд дійшов висновку, що мало місце порушення ст. 10 Конвенції.

(б) *Режим Розділу II.* Під час розгляду скарги заявників відповідно до ст. 8 Суд дійшов висновку, що режим Розділу II не відповідав законодавству, оскільки він надавав дозвіл на доступ до збережених даних з метою боротьби зі злочинністю (а не «серйозним злочином») і, за винятком випадків, коли доступ вимагався з метою визначення джерела журналіста, він не підпорядковувався попередньому перегляду судом або незалежним адміністративним органом.

Суд визнав, що режим Розділу II забезпечив посилений захист, коли дані вимагалися з метою виявлення джерела журналіста. Проте ці положення застосовуються лише тоді, коли метою заяви було визначення джерела; отже, вони не застосовувалися в кожній справі, в якій був поданий запит для отримання даних спілкування журналіста або якщо було ймовірним таке паралельне втручання. Крім того, у випадках, які стосуються доступу до даних спілкування журналіста, не існувало жодних спеціальних положень, які обмежують доступ з метою боротьби з «серйозним злочином». Отже, Суд вважав, що режим не міг бути «відповідним до закону» для цілей скарги відповідно до ст. 10.

Висновок: порушення (6 голосів проти 1).

Суд також відхилив скарги відповідно до ст. 6 та 14 разом зі ст. 8 та 10 Конвенції як явно необґрунтовані¹².

Стаття 41: не було подано жодної вимоги відшкодування.

6. СТАТТЯ 11 (СВОБОДА ЗІБРАНЬ ТА ОБ'ЄДНАННЯ) КЗПЛ

Рішення від 20.11.18 р. у справі «Огневенко проти Росії», заява № 44873/09¹³.

ЄСПЛ констатував порушення Конвенції через незаконне звільнення заявника за участь у страйку. Олексій Огневенко працював машиністом локомотива ВАР «РЗД» в Підмосков'ї і належав до профспілки

¹² Важливий практичний інтерес у контексті цього рішення становлять рішення ЄСПЛ у справах «*Вебер та Саравія проти Німеччини*», № 54934/00, 29.06.06 р.; «*Кеннеді проти Сполученого Королівства*», № 26839/05, 18.05.10 р.; «*Роман Захаров проти Росії*», № 47143/06, 04.12.15 р.; «*Ліберті та інші проти Сполученого Королівства*», № 58243/00, 01.07.08 р.; «*Мелоун проти Сполученого Королівства*», № 8691/79, 02.08.84 р.; «*Бен Файза проти Франції*», № 31446/12, 08.02.18 р. URL: <http://unba.org.ua/publications/3016-espl-prijnyav-rishennya-u-spravi-ben-fajza-proti-francii.html>.

¹³ *Ognevenco v. Russia*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187732>.



залізничників. У квітні 2008 року профспілка вела безуспішні переговори з «РЗД» щодо підвищення зарплати і премії за вислугу років. У зв'язку з цим профспілка вирішила організувати страйк, під час якого залізничники виконували лише мінімальний перелік необхідних робіт. ВАТ «РЗД» не зверталось до суду для визнання страйку незаконним.

Наприкінці квітня комітет профспілки прийняв рішення, згідно з яким залізничники двох підмосковних районів брали участь в акції з 4:00 28.04.08 р. Огневенко також взяв участь у страйку, вийшовши на роботу, але відмовившись виконувати свої трудові обов'язки. Проведена акція викликала затримки у відправленні потягів на ділянці, де він працював.

Через два з половиною місяці Огневенко звільнили за вчинення двох дисциплінарних проступків. Перший не мав стосунку до його профспілкової діяльності і трапився за рік до звільнення (заявнику було оголошено догану за зупинку поїзда за 50 м від платформи). Другий проступок полягав у відмові виконувати свої трудові обов'язки під час квітневого страйку.

Заявник звернувся з позовом до суду, в якому зазначав на незаконність звільнення за участь у страйку, організованому профспілкою.

У серпні 2008 року справа розглядалася в одному з районних судів м. Москви. У своєму рішенні суд зазначив на законність звільнення позивача за повторне невиконання ним своїх трудових обов'язків. В обґрунтування свого висновку суд посилався на ст. 17 і ч. 2 ст. 26 Закону про залізничний транспорт. Згідно із зазначеними нормами залізничники певних професій, чия діяльність пов'язана з рухом поїздів, маневровою роботою, а також з обслуговуванням пасажирів, вантажовідправників (відправників) і вантажоодержувачів (одержувачів) на залізничному транспорті загального користування, не можуть брати участь у страйках.

Оскільки Огневенко працював машиністом, він підпадав під цю категорію і йому заборонялося брати участь у страйку. Крім того, суд посилався на дані Московської міжрегіональної транспортної прокуратури,

згідно з якими страйк спричинив збої в прибутті та відправленні поїздів, масові порушення прав і законних інтересів громадян через їх запізнення на роботу або навчання, в установи охорони здоров'я для надання їм медичної допомоги, авіарейси та поїзди далекого прямування. Також було відзначено, що страйк сприяв накопиченню людей на залізничних платформах, що безпосередньо загрожувало їх безпеці.

У січні наступного року Московський міський суд відмовився розглядати касаційну скаргу заявника, залишивши без зміни рішення суду першої інстанції. Після чого Олексій Огневенко звернувся до ЄСПЛ

Страсбурзький суд у цій справі зазначив, що право брати участь у профспілках є однією з форм свободи об'єднань. Конвенція захищає участь у профспілках, а право на страйк захищається ст. 11 Конвенції, оскільки останній є одним із засобів з проведення колективних переговорів щодо захисту інтересів працівників. У деяких випадках право на страйк може бути обмежене. Однак зазначені обмеження повинні бути не тільки обґрунтованими і законними, а й не повинні порушувати саму суть свободи на об'єднання.

Як зазначив ЄСПЛ, залізничний транспорт не є сферою життєзабезпечення країни, тому обмеження права влаштовувати страйки є непропорційним втручанням з боку держави в це право. Також Суд вказав на відсутність у російському законодавстві будь-яких гарантій неучасті залізничників у страйках, як вимагає того Міжнародна організація праці (МОП). У зв'язку з цим Суд послався на рекомендації МОП, згідно з якими держава має право вимагати під час страйку надання її учасниками мінімальних послуг, а не забороняти страйки.

Також ЄСПЛ зазначив, що держава-відповідач не довела факт заподіяння шкоди внаслідок затримки відправлень поїздів і сам страйк не було визнано незаконним у судовому порядку. Таким чином, Суд дійшов висновку про те, що мало місце порушення ст. 11 Конвенції, і присудив заявнику 2 000 євро як компенсацію матеріальної шкоди, 6 000 євро як компенсацію моральної шкоди, а також 2 500 євро як компенсацію судових витрат.



ВІДКРИТТЯ НАВЧАЛЬНОЇ АУДИТОРІЇ НА ЧЕСТЬ ВИДАТНИХ АДВОКАТІВ ТЕРНОПІЛЬЩИНИ

У рамках урочистої Академії «Адвокати Тернопілля в історії України» у місті Бережани (Тернопільська область) відкрито Кабінет історії адвокатури Бережанщини та навчальну аудиторію імені адвокатів Володимира Бемка та Михайла Західного.

6 листопада 2018 року Керівник Центру досліджень адвокатури і права НААУ (далі — Центр) Ірина Василик взяла участь у проведенні урочистої Академії «Адвокати Тернопілля в історії України», що відбулася в історичному місті Бережани на Тернопільщині. Організаторами проведених заходів виступили НААУ, Центр досліджень адвокатури і права, Державний історико-архітектурний заповідник у м. Бережани, ВП НУБіП України «Бережанський агротехнічний інститут».

Програма урочистої Академії розпочалася у стінах Бережанської державної гімназії ім. Б. Лепкого. В освітньому закладі було відкрито **Навчальну аудиторію імені адвокатів Володимира Бемка і Михайла Західного**, а також відбулася презентація наукової монографії Керівника Центру **Ірини Василик** та наукового співробітника ДІАЗ у м. Бережани **Олени Лугової** «Адвокатська та громадсько-політична діяльність В. Бемка і м. Західного». Навчальна аудиторія, відкриття якої було забезпечене заходами НААУ, укомплектована стендами про видатних бережанських адвокатів, відомих громадсько-політичних діячів міжвоєнного періоду В. Бемка і М. Західного. Стенди були підготовлені Центром. Разом зі стендами Бережанська гімназія отримала у подарунок від Ірини Василик збірку видань Центру про історію адвокатури України.

«Урочиста Академія, організована Центром, викликала велике зацікавлення у юних гімназистів і педагогічного колективу, адже більш ніж століття тому адвокати В. Бемко і М. Західний також були учнями Бережанської гімназії. Відтак Бережанська державна українська гімназія ім. Б. Лепкого відкрила чергову сторінку своєї славетної історії, що продовжилася у гідному житті та праці її учнів. Учні гімназії, які традиційно доглядають могили визначних гімназистів на Бережанському кладовищі, також взяли під опіку могилу адвоката Михайла Західного», — розповідає Ірина Василик.



Надалі заходи урочистої Академії «Адвокати Тернопілля в історії України» продовжилися у стінах ВП НУБіП України «Бережанський агротехнічний інститут». З ініціативи Центру у цьому закладі вищої освіти було відкрито **Кабінет історії адвокатури Бережанщини**. НААУ забезпечила новостворений Кабінет навчальними стендами «Провідні адвокати Бережанщини», «Адвокатура Тернопілля» та «Адвокати у Західно-Українській Народній Республіці».

Ірина Василик і Олена Лугова презентували нове наукове видання Центру **«Адвокатська та громадсько-політична діяльність Володимира Бемка і Михайла Західного»**. У книзі представлено участь цих адвокатів в Українській революції 1917—1921 рр., внесок у національне відродження та державне будівництво та окреслено стратегію і тактику адвокатської діяльності В. Бемка та М. Західного у резонансних політичних судових справах міжвоєнного періоду. Також у бібліотеку вишу передано низку видань серії «Адвокатська біографістика».

Також І. Василик взяла участь у Всеукраїнській науковій конференції «Західно-Українська Народна Республіка: відгомін століття», приуроченій 100-літтю утворення ЗУНР, співorganizаторами якої виступили НААУ і Центр. До бібліотеки інституту Ірина Василик передала збірку видань Центру.

Активну участь у заходах взяли начальник Бережанського бюро правової допомоги **Петро Процик**, заступник голови Бережанської районної ради **Роман**



Висоцький, директор інституту д. е. н., проф. **Мирон Жибак**, директор коледжу к. філол. н., доц. **Світлана Пилипишин**, учений секретар ДІАЗу м. Бережани **Надія Волинець**, директор Тернопільського обласного краєзнавчого музею **Степан Костюк**, а також науковці та краєзнавці з Києва, Тернополя, Козови та Бережан.

Наприкінці урочистостей автори монографії Ірина Василик, Олена Лугова та голова Бережанського БПД Петро Процик відвідали похресницю і племінницю адвоката Михайла Західного — 92-річну **Христину Сим-Олійник** та подарували книгу.

«Пані Христина зі сльозами на очах прийняла гостей і поділилася спогадами про свого хрещеного

батька — знаного адвоката міжвоєнного періоду Михайла Західного, який був адвокатом у гучних кримінальних справах, зокрема про те, як уся родина готувала на різдвяні свята відрами кутю, а на великодні свята паски і кілька відер крашанок, — усе це вони з її хрещеним батьком і адвокатом Михайлом Західним носили у в'язницю, де були його підзахисні, що чекали розгляду справи, а це було 300 і більше осіб, заарештованих за політичними мотивами. Такі акції допомоги і підтримки адвокат власним коштом здійснював регулярно, а у підготовці була залучена уся родина разом з дітьми», — розповідає Ірина Василик.

ВІДКРИТО КАБІНЕТ ІСТОРІЇ АДВОКАТУРИ БУКОВИНИ

9 листопада 2018 року у Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича за сприяння НААУ, Центру досліджень адвокатури і права НААУ та Ради адвокатів Чернівецької області відбулося відкриття Кабінету історії адвокатури Буковини.

З нагоди відкриття Кабінету було проведено тематичний захід — Круглий стіл на тему «Історія адвокатури Буковини», метою якого стало дослідження діяльності провідних адвокатів Буковини, які зробили вагомий внесок в українське національне відродження та державне будівництво, у розвиток адвокатури та правничої науки. Таке дослідження ініційовано Центром у рамках проекту «Історія адвокатури України».

Тематичними напрямками роботи Круглого столу були: зародження інституту адвокатури на Буковині; адвокатура краю в добу Австро-Угорської імперії (1781—1918 рр.); участь адвокатів Буковини в українських визвольних змаганнях першої половини ХХ століття: події і постаті; «Буковинське віче» і проголошення возз'єднання Північної Буковини із ЗУНР та Злука з «Великою Україною»; розвиток адвокатури на Буковині у складі Румунії (1918—1940 рр.); буковинські адвокати в радянський період: особливості професійної реалізації; відомі адвокати Буковини та їх внесок у розбудову сучасної України.

На Круглому столі виступили: декан юридичного факультету Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича, д. ю. н., професор **Петро Пацурківський**; керівник Центру досліджень адвокатури і права, проректор Вищої школи адвокатури при НААУ, к. і. н. **Ірина Василик**; голова Ради адвокатів Чернівецької області, заслужений юрист України, адвокат **Алла Єзерська**; завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, д. ю. н., доцент, адвокат **Оксана Щербанюк**; адвокат **Валентин Ставчанський**; к. ю. н., доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, адвокат **Людмила Остафійчук**; к. ю. н., доцент кафедри європейського права та порівняльного правознавства Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича **Іван Торончук**; к. ю. н., доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича **Ауріка Паскар**.

«Центр досліджень адвокатури і права при НААУ за підтримки Ради адвокатів Чернівецької області підготували та подарували Юридичному інституті ЧНУ навчальні стенди про історію адвокатури Буковини





австрійського, румунського та радянського періоду, а також про «адвоката Буковини» Миколу Василька. У бібліотеку університету передано видання НААУ з історії адвокатури. Адвокатура Буковини має давні історичні корені і цілу плеяду провідних адвокатів, які в різні історичні періоди формували адвокатський

корпус краю. Під час Круглого столу із викладачами, адвокатами та науковцями краю було обговорено розвиток адвокатури Буковини у різні історичні періоди, резолюцією Круглого столу стала ухвала щодо написання окремої монографії з історії адвокатури Буковини», — повідала Ірина Василик.

ВІДКРИТО НАВЧАЛЬНУ АУДИТОРІЮ ІМЕНІ АДВОКАТА, ПЕРШОГО МЕРА-УКРАЇНЦЯ МІСТА ТЕРНОПОЛЯ ВОЛОДИМИРА ЛУЧАКІВСЬКОГО

7 листопада 2018 року на базі історичного факультету, який випускає вчителів історії та права, Тернопільського національного педагогічного університету імені Володимира Гнатюка відкрито навчальну аудиторію імені адвоката і мера міста Володимира Лучаківського.

В урочистому відкритті взяли участь Ректор Тернопільського національного педагогічного університету імені Володимира Гнатюка **Богдан Буяк**, декан історичного факультету **Володимир Місько**, заступник міського голови міста Тернополя **Леонід Бицюра**, керівник Центру досліджень адвокатури і права, проректор Вищої школи адвокатури при НААУ **Ірина Василик**, голова Ради адвокатів Тернопільської області **Тарас Будз**, член Ради адвокатів України, представник від Тернопільщини **Юрій Гордєєв**, дослідник життя і діяльності адвоката Володимира Лучаківського, к. і. н., доцент **Володимир Окаринський** та студенти факультету. За підтримки НААУ підготовлено навчальні стенди про життя та діяльність адвоката і першого бурмістра-українця міста Тернополя Володимира Лучаківського, відомих адвокатів Тернополя, ролі адвокатів у створенні Західно-Української Народної Республіки, які прикрасили аудиторію, також керівником Центру було подаровано до бібліотеки університету видання НААУ з історії адвокатури.

До найбільш відомих справ адвоката В. Лучаківського можна зарахувати відсудження права греко-католицьких міщан на фундацію князя К. Острозького у 1884 році.

У 1898 році по допомогу до Володимира Лучаківського звернувся Іван Франко, якого намагались ском-



прометувати напередодні виборів до австрійського парламенту. Справа була виграна, а честь письменника врятована. Адвокатська канцелярія В. Лучаківського служила офісом для українських організацій, зокрема «Просвіти», і «Руської бурси».

«Проте адвокат Володимир Лучаківський найбільш відомий як бурмістр (мер) багатонаціонального міста Тернополя. За його каденції (1896—1903) у місті з'явилася електрифікація, телефонізація, розпочалася побудова каналізації і в цілому забудова міста в європейському стилі, закладення парків, будівництво храмів, будинків культури, навчальних закладів, зменшилося безробіття і зайнятість населення. Адвокат особливо опікувався будівництвом театру, сам написав дві власні п'єси, для театру переклав низку п'єс з німецької та польської мов, організував разом з дружиною українські вистави і творчі вечори. Це був професіонал своєї справи і щирої душі чоловік. Його адвокатська та активна громадська, політична, просвітницька діяльність заслуговує на окрему книгу», — прокоментувала цю подію Ірина Василик.